Dienstbarkeiten und Reallasten als Sicherungsmittel

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn

vorgelegt von

Nouvertné, Richard

aus Heinsberg

Bonn 1986

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41523714_0003

Dienstbarkeiten und Reallasten als Sicherungsmittel

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn

vorgelegt von
Nouvertné, Richard
aus Heinsberg

Bonn 1986

Dekan: Professor Dr. Korte

Erstreferent: Professor Dr. Gerd Kleinheyer

Zweitreferent: Professor Dr. Walter Gerhardt

Tag der mündlichen Prüfung: 7.11.1986

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

		Seite
A.	Einleitung	1
B.	Die Dienstbarkeiten als Sicherungsmittel	6
I.	Darstellung der Dienstbarkeiten	6
1.	Die geschichtliche Entwicklung der Dienstbarkeiten	6
2.	Das dingliche Wohnrecht im Leibgeding	8
3.	Erscheinungsformen der Dienstbarkeiten	9
a.	Die Grunddienstbarkeit	10
b.	Der Nießbrauch	13
c.	Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit	14
4.	Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 20.9.1974	15
5.	Die Dienstbarkeiten als Nutzungsrechte	17
II.	Die Verwendung der Dienstbarkeiten als Sicherungsmittel	18
1.	Die Vorteile der Dienstbarkeiten (im Vergleich zu den schuldrechtlichen Ansprüchen)	19
a.	Die Dienstbarkeiten als absolute Rechte	19
b.	Die Sicherheit in der Vermögenskrise	23
aa.	Die Dienstbarkeiten in der Zwangsversteigerung und in der Zwangsverwaltung	23
bb.	Die Dienstbarkeiten im Konkurs	26
cc.	Die Dienstbarkeiten im Vergleich	27
c.	Zwischenergebnis	27
2.	Die Nachteile der Dienstbarkeiten (im Vergleich zu den schuldrechtlichen Ansprüchen)	28

Seite

a. Typenzwang und Typenfixierung im Sachenrecht 28
aa. Der Typenzwang 28
bb. Die Typenfixierung 28
b. Die Gegenleistung 29
aa. Die Gegenleistung bei der Grunddienstbarkeit und bei der schränkten persönlichen Dienstbarkeit 29
(1). Der Schuldvertrag 30
(2). Die Bedingung 35
bb. Der Nießbrauch 36
c. Die nachrangige Dienstbarkeit 39
d. Der subjektiv - persönliche Charakter von Nießbrauch und beschränkter persönlicher Dienstbarkeit 40
e. Die Grundbucheintragung 40
3. Die Vorteile der Kombination von Dienstbarkeiten und Schuldverträgen 41
4. Beispielsfälle 43
a. Mietvertrag - dingliches Wohnrecht 43
b. Pachtvertrag - Nießbrauch 43
c. Berechtigung zur Ausbeutung von Bodenschätzen - Grunddienstbarkeit, beschränkte persönliche Dienstbarkeit 44
d. Nachbarrecht 44
e. Immissionen 45
f. Leitungsrechte 45
g. Wettbewerbsrecht 46

III. Die Zulässigkeit der dinglichen Sicherung durch Dienstbarkeiten 47
1. Exkurs: Die Rechtslage in anderen europäischen Ländern 47
a. Die Rechtslage in Österreich 47
b. Die Rechtslage in der Schweiz 49
c. Die Rechtslage in den Niederlanden 50
d. Die Rechtslage in Frankreich 51
2. Die Zulässigkeit des Nebeneinanders von Dienstbarkeiten und Schuldverträgen, dargestellt am dinglichen Wohnrecht und am Mietvertrag 53

Seite

a. Die Eintragung des Mietvertrages ins Grundbuch 54

b. Der Versuch,den Inhalt des dinglichen Wohnrechts nach dem Inhalt des Mietvertrages zu richten 54

c. Das Nebeneinander von Mietvertrag und dinglichem Wohnrecht 55

aa. Die ablehnende Ansicht 55

bb. Die Ansicht der Judikatur 56

cc. Untersuchung der Argumentation des Bundesgerichtshofes 57

(1). Die Sicherheit des Mietvertrages (§§ 571 ff BGB) 57

(2). Das nachrangige Wohnrecht 59

(3). Mietrechtsunabhängige Vorteile des schuldrechtlichen Nutzungsvertrages 60

dd. Die Untersuchung des Theorienstreites 61

(1). Die Ansicht Roquettes 61

(2). Die Ansicht des Bundesgerichtshofes 69

ee. Die Wirkungen des suspendierten Mietvertrages 70

d. Zwischenergebnis: Der suspendierte Mietvertrag 73

3. Die Ausgestaltung des Nebeneinanders 74

a. Frage nach dem Sinn der Konstruktion des suspendierten Mietvertrages 74

b. Der Lösungsvorschlag von Schopp 75

aa. Die Vorteile der Konstruktion 76

bb. Die Zulässigkeit der Konstruktion 76

(1). Die Nichtausübung als tatsächlicher Nichtgebrauch 77

(2). Die Nichtausübung als Inhaltsbeschränkung 80

(a). Die Möglichkeit,die Ausübung einer Dienstbarkeit zu bedingen 81

(b). Die Gegenansicht 82

(c). Untersuchung des Theorienstreites um die Zulässigkeit der Ausübungsbedingung 83

cc. Erneute Überprüfung der Zulässigkeit der Konstruktion an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes 88

4. Übertragbarkeit des Ergebnisses auf andere Rechtsverhältnisse 89

IV. Die Folgen der " Sicherungsdienstbarkeit " 92

1. Einleitung 92

Seite

a. Die Hypothek 93
b. Die Sicherungsgrundschuld 94
2. Das Gesamtrechtsverhältnis bei der " Sicherungsdienstbarkeit " 94
3. Die Dienstbarkeit und der Sicherungsvertrag 95
a. Bestellung der Dienstbarkeit ohne wirksamen Sicherungsvertrag 95
b. Nachträglicher Wegfall des Sicherungsvertrages 96
c. Der Inhalt des Herausgabeverlangens 96
aa. Der Anspruch auf Aufhebung der Dienstbarkeit 97
bb. Der Anspruch auf Rückübertragung der Dienstbarkeit 97
cc. Der Anspruch auf Verzicht 98
d. Die Einreden des Eigentümers bei der Ausübung der Dienstbarkeit 98
4. Die Dienstbarkeit und die gesicherte Forderung 99
a. Das Fehlen der zu sichernden Forderung 99
b. Die Erbringung der Leistung 104
5. Die Übertragung von Dienstbarkeit und Forderung (Einredenerhaltung) 104
a. Die gemeinsame Übertragung 105
b. Die isolierte Übertragung 107
6. Divergenzfälle auf der Passivseite 109
7. Zusammenfassung 110

C. Die Reallasten als Sicherungsmittel 112

I. Darstellung der Reallast 112
1. Die geschichtliche Entwicklung der Reallast 112
2. Die Rechtslage in den einzelnen Bundesländern 113
II. Die Sicherungsreallast 117
1. Der Charakter der Reallast 117
a. Die isolierte Reallast 117
b. Die Sicherungsreallast 119
c. Zwischenergebnis 120
2. Exkurs: Die Rechtslage in anderen europäischen Ländern 120
a. Die Rechtslage in Österreich 120

		Seite
b.	Die Rechtslage in der Schweiz	121
c.	Die Rechtslage in den Niederlanden	122
3.	Das Gesamtrechtsverhältnis	123
4.	Die Vorteile der Reallast	125
a.	Die Absolutheit der Reallast	125
b.	Die Reallast in der Vermögenskrise	126
aa.	Die Reallast in der Zwangsversteigerung	126
bb.	Die Reallast in der Zwangsverwaltung	127
cc.	Die Reallast im Konkurs	127
dd.	Die Reallast im Vergleich	128
5.	Die Nachteile der Reallast (im Vergleich zu den schuldrechtlichen Ansprüchen)	128
a.	Typenzwang und Typenfixierung	128
b.	Die Unanwendbarkeit des § 275 BGB auf das Recht aus § 1107 BGB	130
c.	Die nachrangige Reallast	130
d.	Landesrechtliche Einschränkungen	131
e.	Die Grundbucheintragung	131
6.	Zwischenergebnis	131
7.	Anwendungsfälle der(Sicherungs-) Reallast	132
III.	Die Zulässigkeit der Sicherungsreallast	134
IV.	Die Folgen der Sicherungsreallast	137
1.	Einleitung	137
a.	Hinweis auf andere dingliche Sicherungsmittel	137
b.	Die Gemeinsamkeiten	138
aa.	Gemeinsamkeiten von Sicherungsreallast und Sicherungsgrundschuld	138
bb.	Gemeinsamkeiten von Sicherungsreallast und Hypothek	140
cc.	Zwischenergebnis	140
2.	Die Reallast und der Sicherungsvertrag	141
a.	Bestellung einer Reallast ohne wirksamen Sicherungsvertrag	142
b.	Späterer Wegfall des Sicherungsvertrages	142
c.	Die Folgen, der Inhalt des Herausgabeverlangens	143

Seite

aa. Der Anspruch auf Aufhebung 143
bb. Der Anspruch auf Rückübertragung 144
cc. Der Anspruch auf Verzicht 145
d. Die Einreden des Eigentümers bei der Inanspruchnahme aus der Reallast 153
e. Die Kondiktion des Einzelrechts bei Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages 154
3. Die Reallast und die gesicherte Forderung 155
a. Die Problematik beim Stammrecht (§ 1105 BGB) 156
aa. Endgültiges Nichtentstehen der Forderung 156
bb. Endgültiger Wegfall der Forderung 167
cc. Die Einreden 167
b. Die Problematik bei den Einzelrechten 168
aa. Das Fehlen eines Einzelanspruchs 168
bb. Die Folgen des Fehlens eines Einzelanspruchs 171
cc. Die Einreden 173
c. Versuche einer engeren Verknüpfung von Forderung und Reallast 173
d. Die Erbringung der Leistung 174
aa. Die Erbringung der Einzelleistung 174
(1). Die Erfüllung des schuldrechtlichen Einzelanspruchs 174
(2). Die Tilgung des Einzelrechts 176
(3). Die Leistungsrichtung 178
bb. Gesamtleistung und Stammrecht 179
cc. Die Zahlung der Ablösesumme 181
dd. Die Erbringung der letzten Einzelleistung 182
4. Die Übertragung von Sicherungsreallast und Forderung (Die Einredenerhaltung) 183
a. Die Problematik beim Stammrecht 183
aa. Die gemeinsame Übertragung von Stammrecht und sämtlichen Einzelforderungen 183
bb. Die isolierte Übertragung 185
(1). Die Befugnis zur isolierten Übertragung 185
(2). Die Folgen der isolierten Übertragung 185
b. Die Übertragung des Rechtes auf die Einzelleistung (§ 1107 BGB) 186
aa. Die Übertragung bei Fälligkeit 186

Seite

(1). Gemeinsame Übertragung von Einzelrecht und einzelnem Anspruch 187

(2). Isolierte Übertragung des Einzelrechts 188

bb. Die Übertragung vor Fälligkeit 188

5. Divergenzfälle auf der Passivseite 191

a. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks als Partei des Sicherungsvertrages (originäre Divergenz) 192

b. Die Abtretung der Rechte aus dem Sicherungsvertrag an den Erwerber des belasteten Grundstücks 192

c. Die isolierte Reallast 192

aa. Die Fälligkeit der Reallast 193

bb. Die Leistung durch den Eigentümer 196

cc. Die Leistung durch den Schuldner 198

6. Zusammenfassung 199

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.E.	am Ende
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art	Artikel
BaWü AGBGB	Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch des Landes Baden-Württemberg
Bay AGBGB	Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch des Landes Bayern
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes in Zivilsachen
BB	Betriebsberater
BBauBl	Bundesbaublatt
Bd.	Band
bezgl.	bezüglich
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
Brem AGBGB	Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch des Landes Bremen
BW	Burgerlijk Wetboek (Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch)
BwNotZ	Mitteilungen aus der Praxis. Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
CC	Code Civil
DB	Der Betrieb

ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
EBG	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung, I = Staats- und Verwaltungsrecht II= Zivilrecht.
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
f,ff.	folgende
Fn.	Fußnote
GBG	Österreichisches Allgemeines Grundbuchgesetz
GBVo	Schweizerische Grundbuchverordnung
GruchB	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GTG NW	Gesetz über die Gemeinheitsteilung und Reallastablösung des Landes Nordrhein-Westfalen
hM.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
IherJb	Iherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
i.V.m.	in Verbindung mit
JurBüro	Das juristische Büro
jur.	juristische
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (Zeitschrift)
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittRheinNotK	Mitteilungen der rheinischen Notarkammer
Mot	Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (bis 1928)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (seit 1965)
Preuß AGBGB	Preußisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Prot	Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches
RdL	Recht der Landwirtschaft
RG	Reichsgericht
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch.Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes.
RhPfl AGBGB	Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch des Landes Rheinland-Pfalz
RPfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rz.	Randzeichen
S.	Seite
SchKG	Schweizerisches Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r)
Sp.	Spalte
str.	streitig
s.u.	siehe unten
SZ	Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs) sachen
u.a.	unter anderem
Überbl.	Überblick
v.	vor

VerglO	Vergleichsordnung
Vor.,Vorbem.	Vorbemerkung
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht
WM	Wertpapiermitteilungen
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGBR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
z.T.	zum Teil
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

Literaturverzeichnis

Algra,N.E.	Inleiding tot het Nederlands Privatrecht, Groningen, 1971
Amann,H.	Zur dinglichen Sicherung von Nebenleistungspflichten bei Wohnungsrechten und anderen Dienstbarkeiten, DNotZ 1982/396 ff
Asser's,C.	Handleiding tot de beofening van het Nederlands Burgerlijk Recht,Tweede Deel - Zakenrecht,Allgemeen Deel,9.Druk, Zwolle,1957
ders.	Handleiding tot de beofening van het Nederlands Burgerlijk Recht,Tweede Deel - Zakenrecht, Bijzonder Deel, Eerste Stuk, 9.Druk, Zwolle,1963
Battes,R.	Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag im System des Deutschen Zivilrechts , AcP 178/ 377 ff;
Bauer,H.	Die Reallasten und die Rentenschuld,jur.Diss., Breslau,1904
Baur,F.	Lehrbuch des Sachenrechts, 11.Auflage, München,1981
Berner Kommentar	Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band 4,2.Abteilung,Die beschränkten dinglichen Rechte erläutert von Gmür, Bern,1925, zitiert: Berner Kommentar
Beyerle,F.	Ertragsbeteiligung als dingliches Recht, JZ 1955/257 ff

Bähle - Stratenschulte,B.

[illegible] Kommentar zur Verfg.v.Todes wegen,7.Aufl.
München,1972
zitiert: Bähle-Stratenschulte / Kilger

Brox,H. Allgemeines Schuldrecht,11.Auflage,
München,1975

[illegible] Unmöglichkeit und Leistungsstörung,
Mittelmeierstr.1970/ 73 ff

Dassler,C. /
Schiffhauer,H. /
Gerhardt,W. Gesetz über die Zwangsversteigerung und die
Zwangsverwaltung, Kommentar,11.Aufl.
Stuttgart,Berlin,Köln,Mainz,1975
zitiert: Dassler/Schiffhauer/Gerhardt

Jansen u. Handbuch zu Testament und Erbvertrag
Kommentar, 6.Aufl.Lpz.
München,1975
zitiert: Jansen

Griechler,K. Altenteil und Zwangsversteigerung,
KTS 1971/145 ff

Dulckeit,G. Die Verfügungsmacht des Vorerben kraft
Testaments,1951

Jansen i. Recht und Haftung, Kommentare bei der Unter-
pfändung. Die Realkredit,
Heft 15 (1959), 77, ff

[illegible] Lehrbuch des Internationalen Privatrechts
recht, Erster Band,2.Aufl.Lpz, Das Internationale
Wien,1957

Enneccerus,L.
Lehmann,H. — Recht der Schuldverhältnisse,15.Bearbeitung, Tübingen,1958

Erman — Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I,II, 7.Auflage, bearbeitet von Räfle,Ronke,Schopp,Seiler, Münster,1981 zitiert:Erman - Verfasser

Esser,J — Schuldrecht,Bd. I, Allgemeiner Teil,4.Auflage, Karlsruhe,1970

Esser,J.
Weyers,H.-L. — Schuldrecht,Bd. II,Besonderer Teil,Teilband 1, 5.Auflage,Heidelberg,Karlsruhe, 1977 6.Auflage,Heidelberg, 1984

Felgenträger,W. — Hypothek und Grundschuld,in : Festschrift für J.v.Gierke, S 140 ff, Berlin.1950

Ferid,M. — Das Französische Zivilrecht, Frankfurt,1971

Fesevur,J.E. — De zakelijke zekerheitsrechten naar tegenwordig en toekomstig Nederlands recht, Alphen van den Rijn, 1979

Fikentscher,W. — Schuldrecht,6.Auflage, Berlin,New York, 1976

Fuchs,E. — Grundbegriffe des Sachenrechts, Berlin,1917

Gerhardt,W. — Immobiliarsachenrecht,Grundeigentum und Grundpfandrecht,JuS- Schriftenreihe,Bd.41, München,1979

Joost,D. — Sachenrechtliche Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten, NJW 1981/308 ff

Gierke,O.von — Deutsches Privatrecht, 2.Band, Sachenrecht. Leipzig,1905

Glaser, P. — Anmerkung zu OLG Hamm (DNotZ 1957/314 ff), DNotZ 1957/316 f

Haegele,K. — Grundbuchrecht,Handbuch der Rechtspraxis, Band 4, 6.Auflage, München,1979

ders. — Wohnungsrecht und Mietrecht in ihren Beziehungen zueinander, RPfleger 1973/349 ff

ders. — Wohnungsrecht, Leibgeding und ähnliche Rechte in Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleich, DNotZ 1976/5 ff

Heck,P. — Grundriß des Sachenrechts Tübingen,1930

Hess,H./ Kropshofer,B. — Kommentar zur Konkursordnung, Neuwied und Darmstadt, 1982, zitiert: Hess / Kropshofer

Huber,U. — Die Sicherungsgrundschuld, jur.Diss, Heidelberg,1965

Hubrecht,G. — Notions Essentielles de Droit Civil, sirey,1973

Jäckle,W. — Die Sicherungsgrundschuld bei Störungen des Kreditverhältnisses, JZ 1982/50 ff

Jauernig,O. — Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 15. Auflage, München,1980

ders. — Verewigung ausschließlicher Bezugsbindungen durch dingliche Lasten ? JZ 1979/467 ff

Jörs,P./ Kunkel,W. — Römisches Privatrecht,3.Auflage, Göttingen und Heidelberg, 1949

Kilger,J. — Der Konkurs des Konkurses, KTS 1975/142 ff

Klang,H. — Kommentar zum ABGB 2.Band,2.Auflage, Wien,1950

Köhler,H. — Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München, 1971

Kolziol,H. / Welser,R. — Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 5.Auflage, Wien, 1979

Kuntze,J. / Ertl,R. / Herrmann,H. / Eickmann,D. — Grundbuchrecht, 2. Auflage, Berlin, New York, 1979

Küchler,H. — Die Sicherungsgrundschuld, in: Neue Deutsche Forschungen,Abteilung Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,Bd.7, Berlin,1939

Lange,A. — Die Abgrenzung von dinglichen und schuldrechtlichen Vereinbarungen in notariellen Urkunden, MittRheinNotK 1982/241 ff

Larenz,K. — Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.II,Besonderer Teil, 12. Auflage, München,1981

Liebs,D. — Bereicherungsanspruch wegen Mißerfolgs und Wegfall der Geschäftsgrundlage, JZ 1978/697 ff

Linde,T. — Wärmelieferungsverträge und ihre dingliche Sicherung, BwNotZ 1980/1981/ 29 ff

Liver,P. — Kommentar zum ZGB,IV. Bd., Sachenrecht,Erster Band, Die Dienstbarkeiten, 3.Auflage, Zürich, 1980, zitiert: Liver

Lopau, E.A. — Die nichtvalutierte Sicherungsgrundschuld am zwangsversteigerten Grundstück, JuS 1976/315 ff

ders. — Die Sicherungsgrundschuld im Spannungsfeld von Eigentümer - und Verkehrsinteressen, JuS 1976/553 ff

Lübtow,U.von — Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten,in: Festschrift für H.Lehmann,Bd.1, S.328 ff, Berlin,Tübingen,Frankfurt,1956

Medicus,D. — Bürgerliches Recht, 11.Auflage, Köln,Berlin,Bonn,München,1983

Meier-Hayoz,A. — Schweizerisches Privatrecht,5.Band,Sachenrecht, Erster Halbband, Basel und Stuttgart,1977

Mentzel,F./ Kuhn,G. / Uhlenbruck,W. — Konkursordnung,Kommentar,9.Auflage, München,1979, zitiert: Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck

Mohrbutter,J. — Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts,2.Auflage, Berlin,1974

Motive II,III — Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches,5.Bände, Berlin und Leipzig, 1888, zitiert: Mot

Mulzer,I. — Die dingliche Sicherung ausschließlicher Bezugspflichten durch Verbotsdienstbarkeiten, jur. Diss, München,1980

Münchener Kommentar — Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil,§§ 1 - 240, 2. Auflage, München,1984, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241 - 432, München,1979, Band 4, Sachenrecht, §§ 854 - 1296, München,1981, bearbeitet von Eickmann,Emmerich,Falckenberg, Holch,Joost,Lieb,Petzoldt,Westermann, zitiert: Münchener Kommentar- Verfasser

Palandt — Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar,43. Auflage, bearbeitet von Bassenge,Heinrichs,Putzo,Thomas, zitiert: Palandt-Verfasser

Petri,H.-J. — Die Grundschuld als Sicherungsmittel für Bankkredite,jur.Diss, Münster,1975

Pflüger, G.G. — Über die rechtliche Natur der Reallasten, AcP 81 (1893) 292 ff

Planck	Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Band,Sachenrecht, Teilband 1, 5. Auflage, Berlin und Leipzig,1933, 3. Band,Sachenrecht, Teilband 2, 5.Auflage, Berlin 1938, bearbeitet von Strecker, zitiert: Planck- Strecker
Protokolle II.III	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, Fünf Bände, Berlin,1899, zitiert: Prot
Reithmann,C.	Die Wertsicherungsklausel in der neueren Recht- sprechung, DNotZ 1960/ 172 ff
ders.	Grundpfandrechts heute - Rechtsentwicklung und Aufgaben des Notars, DNotZ 1982/67 ff
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 3.Band, Teil 1, 11.Auflage, Berlin,1959, bearbeitet von Dempewolf, 3.Band, Teil 1, 12.Auflage, Berlin,New York,1979, bearbeitet von Rothe,Ballhaus, zitiert: RGRK- Verfasser
Ripfel,F.	Dienstbarkeit,Wohnungsrecht und Gegenleistung, DNotZ 1968/404 ff
Roggemann,H.	Das Zivilgesetzbuch der DDR von 1975, NJW 1976/393 ff

Roquette,H. — Dingliche Bezugsrechte in der gewerblichen Wirtschaft, BB 1967/1177 ff

ders. — Wohnrecht und Mietrecht, NJW 1957/525 ff

Rummel,P. — Kommentar zum ABGB Bd. I, Wien,1983, bearbeitet von Petrasch, zitiert: Rummel- Petrasch

Schalhorn,W. — Aus der Kostenpraxis - für die Praxis, JurBüro 1971/ Sp. 115 ff

Schiffhauer,H. — Die Grunddienstbarkeit in der Zwangsversteigerung, RPfleger 1975/187 ff

Schopp,H. — Tankstellenmietverträge und - dienstbarkeiten, ZMR 1971/233 ff

ders. — Wirkung der Beendigung des Tankstellenmietverhältnisses auf die Tankstellendienstbarkeit, ZMR 1973/161 ff

Schwerin,C. Freiherr von / Thieme,H. — Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Auflage, Berlin und München, 1950

Schwind,E.von — Die Reallastenfrage, IherJb 33 (1894) 1 ff

Seckelmann,H. — Die Grundschuld als Sicherungsmittel, Berlin,1963

Soergel — Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,Band 5, Sachenrecht,11.Auflage, Stuttgart,Berlin,Köln,Mainz, Stand: März 1978, bearbeitet von Baur, Nachträge, 11.Auflage, Stuttgart,Berlin,Köln,Mainz, Stand: September 1983, bearbeitet von Stürner, zitiert: Soergel- Verfasser

Söllner,A. — Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges, AcP 163 (1964) 23 ff

Staudinger — J.v.Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Auflage, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-580 a, Berlin,1978, 3. Buch, Sachenrecht, §§ 1018- 1296, Berlin,1981, bearbeitet von Amann,Emmerich,Promberger,Ring, Scherübl, zitiert: Staudinger - Verfasser

Stöber,K./ Zeller,F. — Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Handbuch der Rechtspraxis,Bd. 2, 4.Auflage, München,1979, zitiert: Stöber/Zeller

Streckewalt,M. — Durch Wohnrecht gesicherte Miete, DB 1961/1544 f

Swoboda,E. — Das Österreichische ABGB, Zweiter Teil,Sachenrecht, 2.Auflage, Wien,1944

Tuor,P./
Schnyder,B. — Das Schweizerische Zivilgesetzbuch,9. Auflage, Zurich, 1975

Weber,H.-J. — Der Rückübertragungsanspruch bei der nichtvalutierten Sicherungsgrundschuld, AcP 169 (1969) 237 ff

Weill,A. — Droit Civil. Introduction generale, Dalloz, 1973

Weirich,H.-A. — Die Sicherungsgrundschuld, JuS 1980/188 ff

Weitnauer,H. — Buchbesprechung zu Baur,Lehrbuch des Sachenrechts, 8.Auflage, DNotZ 1976/761 f

ders. — Finanzierungsbeiträge des Mieters und Kündigungsrecht des Erstehers, DB 1954/796 ff

Westermann,H. — Lehrbuch des Sachenrechts,5.Auflage, Tübingen, 1966

Wieacker,F. — Bodenrecht, Hamburg,1938

Wolff,M./
Raiser,L. — Sachenrecht.Ein Lehrbuch, 10. Auflage, Tübingen, 1957

Zeller,F. — Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung,Kommentar,11.Auflage, München,1983, bearbeitet von Stöber, zitiert: Zeller

A) Einleitung

Die vorliegende Untersuchung geht der Frage nach, in - wieweit die beschränkten dinglichen Rechte Grund - dienstbarkeit, Nießbrauch, beschränkte persönliche Dienstbarkeit und Reallast als Sicherungsmittel ver - wandt werden können.

Dingliche Sicherungsmittel werden im heutigen Wirt - schaftsverkehr häufig eingesetzt - nicht selten hängt der Abschluß eines Vertrages von der ausreichen - den dinglichen Sicherung der Vertragsparteien ab. Stellt man die Frage nach den Möglichkeiten einer dinglichen Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche, so wird die Antwort in einem Hinweis auf die Hypothek (§§ 1113 ff BGB), die Grundschuld (§§ 1191 ff BGB) in der Form der Sicherungsgrundschuld, das Faustpfand - recht (§§ 1204 ff BGB), den Eigentumsvorbehalt und die Sicherungsübereignung bestehen. Die Reallast (§§ 1105 ff BGB) wird hingegen nur selten als ding - liches Sicherungsmittel bezeichnet werden, und die Dienstbarkeiten werden in der Aufzählung der Siche - rungsmöglichkeiten völlig fehlen[1]).

Diese Ausklammerung der Dienstbarkeiten und der Real - last aus dem Bereich der dinglichen Sicherungsmittel erscheint jedoch ungerechtfertigt, sind die Pfand - rechte, der Eigentumsvorbehalt und die Sicherungs - übereignung doch nur zur Sicherung eines kleinen Kreises schuldrechtlicher Ansprüche geeignet. Bei der Hypothek und bei der (Sicherungs -) Grund - schuld bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß " eine bestimmte Geldsumme (...) aus dem Grundstück zu zahlen ist"(§§ 1113 I, 1191 I BGB), und auch beim

---

1) Siehe aber S.8 f;

Faustpfandrecht wird verlangt, daß die Forderung, zu deren Sicherung das Pfandrecht bestellt wird (§ 1204 I BGB), eine Geldforderung ist oder in eine solche übergehen kann [1] .

Mit Hilfe dieser Rechte können somit ausschließ - lich schuldrechtliche Zahlungsansprüche gesichert werden, zumal der Berechtigte, der Pfandgläubiger, wenn er bei Eintritt des Sicherungsfalles aus dem dinglichen Recht vorgeht und die Zwangsversteigerung des belaste - ten Grundstücks betreibt, Befriedigung nur in Form einer Zahlung aus dem Versteigerungserlös erlangt.

Auch durch die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts wird grundsätzlich ein Zahlungsanspruch gesichert.

Im Rahmen der Sicherungsübereignung erscheint zwar die Sicherung von Ansprüchen möglich, die nicht auf Zahlung gerichtet sind, dies wird jedoch nur sehr selten vorkommen. Zu denken ist hier etwa an einen Fall, in dem ein Werkunternehmer zur Sicherung der Ansprüche des Bestellers aus einem Werkvertrag eine Sache zur Sicherheit übereignet mit der Abrede, daß das Eigentum nach Fertigstellung des Werkes an ihn zurückfallen soll. Indessen liegt es hier näher anzunehmen, daß nicht unmittelbar die Sicherung eines Anspruchs aus einem Werkvertrag, sondern die Sicherung eines Konventional - strafenanspruchs, mithin eines Zahlungsanspruches, be - absichtigt ist. Zudem erhält der Gläubiger (der Sicherungseigentümer) beim Eintritt des Sicherungs - falles aus dem Sicherungsmittel nicht die ursprüng - lich geschuldete Leistung, die Fertigstellung des Werkes, vielmehr bleibt er endgültig Eigentümer der sicherungsübereigneten Sache.

Damit sind die herkömmlichen dinglichen Sicherungs -

---

1) Palandt-Bassenge, § 1204 Anm. 3;

mittel ausschließlich als Kreditsicherungsmittel an - zusehen.Andere als Zahlungsansprüche, etwa Ansprüche auf Nutzung einer fremden Sache oder auf Erbringung wiederkehrender Leistungen, die keine Geldleistungen sind, können durch diese Sicherungsmittel nicht oder nur unzureichend gesichert werden.

Haben die Nachbarn N und E einen Vertrag geschlossen, wonach E sein Grundstück nicht bebauen darf und N als Gegenleistung 100.-- DM/ Monat zahlen muß, und veräußert E das Grundstück an E_1 , so ist dieser an die vertragliche Abmachung zwischen E und N nicht ge - bunden. N kann von E_1 nicht die Unterlassung der Be- bauung verlangen,und mit einem durchsetzbaren Schadens - ersatzanspruch gegen E ist ihm häufig nicht geholfen, bekommt er von diesem doch nur einen Geldersatz.
Der Unterlassungsanspruch kann nicht durch die her - kömmlichen dinglichen Sicherungsmittel mit dem Ergeb - nis gesichert werden, daß N auch von E_1 die Unterlas - sung verlangen kann. Als geeignetes Sicherungsmittel kommt aber möglicherweise eine Grunddienstbarkeit (§§ 1018 ff BGB) in Betracht.

Hat sich A verpflichtet, dem B pro Tag X m^3 Kies, den er auf seinem Grundstück abbaut, gegen Zahlung von Y DM/ m^3 zu liefern, und verkauft A sein Grundstück, so ist der Erwerber A_1 nicht an die Lieferverpflichtung gebunden.
Die Position des B erscheint dagegen sicher, wenn er sich an dem Grundstück des A eine Reallast bestellen läßt.

Die Nachteile ungesicherter Ansprüche werden insbe - sondere im Konkurs deutlich. Die heute anzutreffende dingliche Sicherung einer großen Anzahl von Gläubiger -

ansprüchen verursacht eine sich stetig verschlechternde Position des "einfachen", des ungesicherten Gläubigers, da die dinglichen Sicherungsmittel durchweg zur Aussonderung bzw. zur Absonderung berechtigen. Der Konkursgläubiger, das heißt, der Inhaber einer " einfachen" Konkursforderung (§ 61 Nr 6 KO), hat kaum noch eine Möglichkeit, seinen Anspruch auch nur teilweise zu realisieren. Im heutigen " Konkurs des Konkurses" [1] liegt die Konkursquote häufig unter 5 % der ursprünglichen Forderung; oft wird die Konkurseröffnung sogar mangels Masse abgelehnt (107 KO).
Zudem werden im Konkurs Forderungen, die nicht den Sondervorschriften der §§ 19 ff KO unterfallen, in Schadensersatzforderungen umgewandelt, wenn der Konkursverwalter bei Eingreifen des § 17 KO auf die Erfüllung verzichtet.
In diesem Fall kann der Gläubiger die Unterlassung nicht verlangen, um das obige Beispiel wiederaufzugreifen; er ist vielmehr auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt.

Hätte sich N eine Dienstbarkeit bestellen lassen, so wäre er im Konkurs zur Absonderung (§§ 47 ff KO) bzw.[2] zur Aussonderung (§§ 43 ff KO) berechtigt gewesen - mit der Folge des Bestehenbleibens des dinglichen Rechtes.
Aber auch wenn er mit einem Schadensersatzanspruch zufrieden gewesen wäre, hätte er sich eine Dienstbarkeit bestellen lassen müssen. Das folgt daraus, daß dem Konkursverwalter nach § 17 KO ein Wahlrecht zusteht, ob er den Vertrag weiterhin erfüllen will oder nicht.Lehnt dieser die Erfüllung ab, so erlangt N zwar einen Schadensersatzanspruch, kann ihn in der heutigen Konkurssituation jedoch kaum realisieren.

---

1) Kilger KTS 1975/ 142 ff;

2) Siehe dazu unter B II 1 b bb;

Schon diese kurzen Überlegungen haben gezeigt, daß ein Bedürfnis für eine dingliche Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche durch Dienstbarkeiten besteht.

Gleiches gilt für die Reallast, durch die Ansprüche auf Erbringung wiederkehrender Leistungen gesichert werden können. Das dingliche Sicherungsmittel der Sicherungsreallast ist seit langem anerkannt, so wird vertreten, die Reallast eigne sich wegen ihrer An - wendungsbreite "zur Verdinglichung schuldvertraglich begründeter Leistungspflichten" [1].

Die folgenden Ausführungen gliedern sich wie folgt auf:

Zunächst werden die Dienstbarkeiten unter dem Aspekt ihrer Verwendbarkeit als Sicherungsmittel untersucht. Dabei wird geprüft, ob sich die Dienstbarkeiten zur Sicherung von schuldrechtlichen Ansprüchen theoretisch eignen, und ob eine solche Sicherung zulässig ist. Diesem Problem wird, da die Dienstbarkeiten bislang nur als Nutzungsrechte angesehen wurden, breiter Raum gewährt.
Hieran schließt sich die Frage nach den Folgen der "Sicherungsdienstbarkeit" u.a. im Falle der Rechts- übertragung an [2].

Den zweiten Schwerpunkt der Arbeit bildet die Untersuchung der Reallast.
Da das Rechtsinstitut Sicherungsreallast seit langem anerkannt ist, wird das Problem der Zulässigkeit hier nur kurz gestreift. Das Hauptaugenmerk gilt vielmehr den Folgen der Sicherungsreallast, wobei wiederum der Rechtsübertragung, analog der Bearbeitung der "Sicherungsdienstbarkeit", besonderer Wert zugemessen wird.

---

1) Münchener Kommentar - Joost, § 1105 Rz. 2;
2) Zur Ausnahme s. u. S. 8 f;

B) Die Dienstbarkeiten als Sicherungsmittel.

I) Darstellung der Dienstbarkeiten.

1. Die geschichtliche Entwicklung der Dienstbarkeiten.

Die Rechtsform der Dienstbarkeiten war schon im römischen Recht bekannt. Dieses unterschied zwischen Personalservituten und Praedialservituten [1], je nachdem ob eine individuell bestimmte Person oder ob der jeweilige Eigentümer eines bestimmten anderen Grundstücks (des praedium dominans) berechtigt war.

Das deutsche Partikularrecht entwickelte eine Vielzahl dinglicher Nutzungsrechte, die als "Gerechtigkeiten" bezeichnet wurden [2]. Viele dieser Gerechtigkeiten bilden auch heute noch aktuelles Recht [3]; zum Teil ist ihre Regelung dem Landesgesetzgeber vorbehalten worden (Art 65 bis 69, 74, 96, 109, 112 bis 115, 120, 128, 130, 164 EGBGB).
Noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts waren durch Dienstbarkeiten [4] die sog. Lasten und Frondienste der Bauern geregelt. Die vielfältigen Dienst- und Duldungspflichten des Eigentümers (des Bauern) höhlten das Eigentum jedoch nahezu vollständig aus und führten zu einer großen und drückenden Abhängigkeit

---

1) Wolff/Raiser, Sachenrecht. Ein Lehrbuch, Tübingen 1957, § 105 III 1, S. 430 f; Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Privatrecht, Göttingen 1949, §§ 81 - 83, S. 144 f;

2) Abweichend vom römischen Recht wurden diese Nutzungsrechte vom Standpunkt des Berechtigten aus definiert (Baur, a.a.O. § 33 I, S. 291), z.B. Apothekergerechtigkeit (RGZ 106/223 f;)

3) Münchener Kommentar-Falckenberg, Vorbem. v. § 1018 Rz. 3;

4) Auch ein Hauptanwendungsbereich der Reallasten lag hier.

der Bauern von dem Grundherrn (dem Berechtigten). Das wiederum verursachte eine wirtschaftliche Unbeweglichkeit großer Teile der deutschen Bevölkerung.

Im Zuge der Reformen Anfang des 19. Jahrhunderts wurde deshalb der Anwendungsbereich der Dienstbarkeiten[1] zurückgedrängt.

Mit dem auf den Freiherrn vom Stein zurückgehenden Edikt vom 9.10.1807: "Mit dem Martinitag 1810 (11.11.1810) hört alle Gutsuntertänigkeit in unseren sämtlichen Staaten auf. Mit dem Martinitag 1810 gibt es nur noch freie Leute" entfielen jedoch noch nicht die sog. Hand- und Spanndienste, da diese nicht an die Person, sondern - zum Teil durch Dienstbarkeiten - an den Hof gebunden waren[2].
Erst v. Hardenberg gelang es ab 1811 durch "die Regulierung der bäuerlichen Verhältnisse", die Lasten und Frondienste zu beseitigen[3].

Die Dienstbarkeiten wurden schließlich in das BGB eingefügt (§§ 1018 ff BGB). Hierbei behielt man die oben erwähnte Unterteilung des römischen Rechts in Praedialservituten (Grunddienstbarkeit) und Personalservituten (Nießbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeit)[4] bei[5]. Gleichzeitig wurde der Anwendungsbereich im Vergleich zum deutschen Partikularrecht u.a. durch die Vorschriften der §§ 1019, 1059 ,1 BGB stark eingeschränkt.

---

1) Für die Reallast gilt das gleiche.

2) v. Schwerin/Thieme, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, Berlin,1950, § 86, S. 338 f;

3) v. Schwerin/Thieme, a.a.O., S. 338 f;

4) Die Anlehnung an das römische Recht geht noch weiter. So war das heutige dingliche Wohnrecht (§ 1093 BGB) als "habitatio" in der Gruppe der Personalservituten geregelt. (Wolff/Raiser, a.a.O. § 105 III ,1,3, S. 431;)

5) Staudinger-Ring, Einl. zu §§ 1018 ff, Rz 4;

Schon dieser kurze Abriß verdeutlicht den Anwendungsbereich der Dienstbarkeiten in der Vergangenheit: Sie wurden (ausschließlich) als Nutzungsrechte angesehen und dementsprechend eingesetzt.

Der Begriff der " Nutzung " muß hier allerdings extensiv ausgelegt werden, denn die Grunddienstbarkeit kann zum Beispiel in der Weise bestellt werden, daß der Eigentümer auf seinem Grundstück gewisse Handlungen nicht vornehmen darf (§ 1018, 2. Alt. BGB). Grundsätzlich werden jedoch unter Nutzungen die Früchte einer Sache und die mit dem Gebrauch der Sache verbundenen Vorteile bezeichnet (§ 100 BGB).
Obgleich auch in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch festgesetellt wurde, daß die allgemeine Bezeichnung als Nutzungsrecht nicht korrekt ist[1], werden die Dienstbarkeiten heute allgemein als Nutzungsrechte bezeichnet[2], dies wohl auch, weil in den Motiven vorgeschlagen wurde, den Begriff " Nutzung" hier in einem erweiterten Sinn zu verstehen[3].

2. Das dingliche Wohnrecht im Leibgeding.

Wenn eben festgestellt wurde, daß die Dienstbarkeiten in der Vergangenheit (nur) als Nutzungsrechte angesehen wurden, so muß für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit im Rahmen des sog. Leibgedinges eine Ausnahme gelten. Das Leibgedinge (Altenteil,Auszug)[4] ist eine Schöpfung des deutschen Rechts und hat seinen Ursprung in den bäuerlichen Verhältnissen[5]. Es ist ein Mischvertrag, der in aller Regel im Rahmen einer Hofübergabe oder einer vorweggenommenen Erbfolge abgeschlossen wird und dem Berechtigten eine

---

1) Mot III, S. 475;

2) statt vieler: Münchener Kommentar-Falckenberg,Vorbem. v. § 1018 Rz 1;

3) Mot III, S. 475;

4) Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 21;

5) RGZ 162/ 52,55;

dauernde Versorgung durch Geld- oder Naturalleistungen gewährt [1]. Das Leibgeding hat eine schuldvertragliche und eine dingliche Komponente:

Im Schuldvertrag verpflichtet sich der Schuldner zur Versorgung des Berechtigten, und diese schuldrechtlichen Verpflichtungen werden, soweit sie Leistungsansprüche sind, durch Reallasten, soweit sie Nutzungsansprüche sind, etwa ein Wohnrecht, durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gesichert [2].

Wenn das dingliche Wohnrecht hier auch ausnahmsweise als Sicherungsmittel verwandt wird, so kann daraus nicht gefolgert werden, die Dienstbarkeiten seien (auch) als Sicherungsmittel konzipiert worden. Das Leibgeding stellt einen Sonderfall im bürgerlichen Recht dar [3], zumal es ganz auf den Versorgungszweck zugeschnitten ist, weshalb der abgeschlossene Schuldvertrag auch meist keinen synallagmatischen Inhalt hat [4].

Hier soll aber die dingliche Sicherung synallagmatischer Ansprüche untersucht werden, da diese im Wirtschaftsleben ungleich größere Bedeutung haben.

Das Leibgeding kann daher bei der weiteren Untersuchung der "Sicherungsdienstbarkeit" außer Betracht bleiben, zumal bei ihm eine klare Abgrenzung zwischen obligatorischem und dinglichem Nutzungsrecht kaum vorgenommen wurde.

3) Die Erscheinungsformen der Dienstbarkeiten.

Das bürgerliche Recht unterscheidet heute vier Gestaltungsformen der Dienstbarkeiten:

- die Grunddienstbarkeit (§§ 1018 - 1029 BGB)
- den Nießbrauch (§§ 1030 - 1089 BGB)

---

1)BayObLGZ 1975/622 ff;

2)BayObLGZ 1975/622 f; Haegele, Grundbuchrecht, München 1979, Rz 576;

3)BayObLGZ 1975/624;

4)Zu den Besonderheiten des Leibgedings s.u. S. 133;

- die beschränkte persönliche Dienstbarkeit
  (§§ 1090 - 1093 BGB)
- das Dauerwohn- und das Dauernutzungsrecht
  (§§ 31 ff WEG[1])

Eine genaue Untersuchung des Inhalts der einzelnen Dienstbarkeiten, insbesondere die eingehende Darstellung ihrer Unterschiede und Gemeinsamkeiten, gehört nicht zum Thema dieser Arbeit.
Es sollen nur kurz die derzeitigen Hauptanwendungsbereiche der Dienstbarkeiten dargestellt werden.

a) Die Grunddienstbarkeit.

Durch die Grunddienstbarkeit kann ein Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks, also subjetiv-dinglich , belastet werden (§ 1018 BGB). Diese Belastung muß für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten einen Vorteil bieten (§ 1019 BGB, praedio utilis)[2], wodurch der Anwendungsbereich der Grunddienstbarkeit hauptsächlich auf Nachbarschaftsverhältnisse konzentriert wird.

---

1) Dem außerhalb des BGB geregelten Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsrecht wird im Folgenden keine besondere Beachtung gewidmet. Diese beschränkten dinglichen Rechte wurden aus dem dinglichen Wohnrecht entwickelt und weisen im Verhältnis zu diesem keine gravierenden im Rahmen dieser Untersuchung zu beachtenden Besonderheiten auf.
Auch die Besonderheiten der sog. Altenteilsverträge und die fortbestehenden "Gerechtigkeiten" bleiben außer Betracht.

2) Da die Grunddienstbarkeit im Gegensatz zur beschränkten persönlichen Dienstbarkeit grundsätzlich ewig bestehen kann (§§ 1092 I 1, 1090 II, 1061, S.1 BGB), wird durch diese Voraussetzung eine Aushöhlung des Eigentums vermieden(Münchener Kommentar - Falckenberg, § 1019 Rz. 1;). Ansonsten wäre es nämlich möglich, daß es dem Eigentümer des belasteten Grundstücks untersagt wäre, sein Grundstück überhaupt noch in irgendeiner Weise zu nutzten.

aa) Der Eigentümer des herrschenden Grundstücks kann aufgrund der Grunddienstbarkeit berechtigt sein, das dienende Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen (§ 1018, 1. Alt. BGB).
Zu nennen sind hier Geh- und Durchfahrtsrechte, Kiesabbaurechte [1], Wasserleitungs- und Kanalleitungsrechte, das Recht zur Mitbenutzung der halbscheidigen Nachbarwand[2].

bb) Gemäß § 1018, 3. Alt. BGB darf der Eigentümer des belasteten Grundstücks dem herrschenden Grundstück gegenüber Rechte nicht ausüben, die er an sich nach §§ 903, 906 BGB i.V. m. § 1004 BGB geltend machen könnte.
Der Eigentümer eines mit einer solchen Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücks kann z.B. Immissionen, die sich im Rahmen der Grunddienstbarkeit halten, die aber über die in § 906 BGB fixierte Duldungsgrenze hinausgehen, nicht verbieten (§ 1004 II BGB); auch kann er keinen Schadensersatz verlangen (§ 14 BImSchG) [3].

cc) Durch eine Grunddienstbarkeit in Form der 2. Alt. des § 1018 BGB kann dagegen der Schutz des herrschenden Grundstücks gegen nachteilige Auswirkungen von Handlungen, die auf dem belasteten Grundstück vorgenommen werden, vergrößert werden. Es können dadurch Immissionen verboten werden, die im Rahmen des § 906 BGB unbeachtlich sind.

---

1) BGH NJW 1974/2123; allerdings wird, um der Vorschrift des § 1019 BGB zu genügen, gefordert, daß der Kies nicht nur verkauft, sondern auch auf dem berechtigten Grundstück verarbeitet wird (Palandt- Bassenge, § 1019 Anm. 2a).

2) BGH LM 1018 Nr. 24;

3) Baur, a.a.O. § 33 II,3, S. 292;

Da es dem Eigentümer eines mit einer solchen Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücks untersagt ist, bestimmte Handlungen vorzunehmen, zu denen er an sich gemäß § 903 BGB berechtigt wäre[1], kann es beispielsweise dem Nachbarn eines Imkers verboten sein, seine Rosen gegen Schädlinge zu spritzen - damit die Bienen keinen Schaden nehmen, wenn diese die Blumen des Nachbargrundstückes befliegen. Unabhängig von den Bestimmungen eines Bebauungsplanes kann es verboten sein, ein bestimmtes Grundstück zu bebauen.

Schließlich findet die Grunddienstbarkeit in Form ihrer 2. Alt. auch im Wettbewerbsrecht[2] Anwendung. Durch sie können langfristige Vertriebs- und Bezugsbindungen begründet werden[3].
Dabei ist jedoch zu beachten, daß § 1018 BGB nur die Unterlassung tatsächlicher Handlungen regelt, und daß nur die aus dem Eigentum fließenden Befugnisse eingeschränkt werden können. Ein Verbot der Vornahme von Handlungen, welches lediglich die rechtsgeschäftliche Freiheit des Handelns berührt, kann also nicht als Grunddienstbarkeit eingetragen werden[4].
Die genaue Abgrenzung von tatsächlicher und rechtlicher Beschränkung bereitet in der Praxis allerdings erhebliche Schwierigkeiten[5].
Dieses Problem ist nicht Gegenstand der Untersuchung und wird daher hier nicht vertieft.

---

1) Die Entscheidung BGHZ 16/366, 373 verdeutlicht das.

2) BGHZ 29/244 ff; BGH NJW 1981/343 ff; Joost, NJW 1981/308, 311;

3) Joost, a.a.O. S. 308;

4) BGHZ 29/244, 249;

5) BGH NJW 1981/343 f; Palandt-Bassenge, § 1018 Anm. 6b;

b) Der Nießbrauch

Obgleich der Nießbrauch im Gegensatz zu den übrigen Dienstbarkeiten auch an beweglichen Sachen (§ 1030 I BGB) und an Rechten bestellt werden kann (§§ 1068 I, 1069 II BGB), ist sein praktischer Anwendungsbereich verhältnismäßig klein.
Der Nießbrauch tritt in der Praxis meist nur in zwei Formen auf: als Versorgungsnießbrauch und als sog. Sicherungsnießbrauch [1].
Der Versorgungsnießbrauch betrifft häufig Fälle, in denen ein Erblasser sein Vermögen schon zu Lebzeiten überträgt, sich an diesem aber - bis zu seinem Lebensende - den Nießbrauch bestellen läßt, um weiterhin sämtliche Nutzungen aus dem Vermögen ziehen zu können. Auch kann durch die Bestellung eines Versorgungsnießbrauches eine ähnliche Situation wie bei der Einsetzung von Vorerben eintreten, so etwa, wenn der Erblasser seine Tochter als Erbin einsetzt, aber seiner Frau den Nießbrauch an der Erbmasse vermacht, der dann von der Tochter an jedem einzelnen Gegenstand der Erbmasse bestellt werden muß.
Bei solchen Rechtsverhältnissen erscheint ein (zusätzlicher, zu sichernder) Schuldvertrag überflüssig, weil es nicht um einen laufenden, aktuellen Leistungsaustausch geht.

Der Sicherungsnießbrauch stellt praktisch eine Antichrese dar [2]. Denn der Sicherungsnießbrauch wird dem

---

1) Baur, a.a.O., § 32 I 3, S. 287 f;

2) Baur, a.a.O., § 32 I 3 b, S. 288; Heck, Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930, § 74, S. 308;

Gläubiger eines Grundpfandrechtes neben diesem Recht bestellt, damit der Gläubiger sofort und nicht erst nach einer Beschlagnahme die Nutzungen aus der Pfand - sache ziehen kann [1].
Diese Konstruktion ist notwendig, da im Immobiliar - sachenrecht ein dem Nutzungspfand (§§ 1213 ff BGB) entsprechendes Recht nicht existiert.

c) Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit.

Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit sei nur kurz anhand ihrer Abweichungen von der Grunddienstbarkeit dargestellt.
Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit braucht nicht "praedio utilis" zu sein; die Vorschrift des § 1019 BGB findet keine Anwendung. Aus diesem Grunde ist der Anwendungsbereich weiter als der der Grunddienstbarkeit und nicht hauptsächlich auf das Verhältnis von Nachbarn beschränkt.
Auf der anderen Seite ist die beschränkte persönliche Dienstbarkeit jedoch stets ein subjektiv-persönliches Recht, das heißt, es wird zugunsten einer bestimmten Person bestellt. Es ist unvererblich und unveräußerlich (§§ 1090 II, 1061, 1092 I 1 BGB).
Diese Bindung an eine Person kann jedoch durch die Bestellung zugunsten einer juristischen Person nach §§ 1092 II, 1059 a-d BGB aufgehoben werden, so daß auch die beschränkte persönliche Dienstbarkeit "verewigt" werden kann [2].

---

1) Wenn im Folgenden von den "Sicherungsdienstbarkeiten" die Rede ist, so dürfen diese nicht mit dem hier erwähnten Sicherungsnießbrauch gleichgesetzt werden. Denn die "Sicherungsdienstbarkeit" sichert einen schuldrechtlichen Anspruch, während der Sicherungsnießbrauch nur eine Ergänzung des Grundpfandrechtes darstellt und lediglich die Aufgabe hat, die Nutzungen sofort zu gewähren. Auf einen schuldrechtlichen Nutzungsvertrag kommt es dabei nicht an.

2) Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, Tübingen, 1966, § 123,1, S.615; Baur,a.a.O.,§34 I 1.S.297;

Der Anwendungsbereich der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit deckt sich jedoch im übrigen annähernd mit dem der Grunddienstbarkeit [1].

4. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 20.9.1974 [2].

In den soeben dargestellten Hauptanwendungsbereichen der einzelnen Dienstbarkeiten werden diese beschränkten dinglichen Rechte isoliert als Nutzungsrechte be - stellt.

Der Bundesgerichtshof hatte dagegen im Jahre 1974 über eine Vertragsgestaltung zu entscheiden, bei der es nahelag, daß die Vertragsparteien mit der Be - stellung einer Grunddienstbarkeit nicht lediglich die Begründung eines isolierten Nutzungsrechtes beab - sichtigt hatten, sondern das beschränkte dingliche Recht als Sicherungsmittel für Ansprüche aus einem schuldrechtlichen Nutzungsvertrag verwenden wollten.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde [3]:

Im Jahre 1904 verkaufte der Rechtsvorgänger der Klägerin an die Rechtsvorgängerin der Beklagten zwei Grundstücke mit Ziegeleigebäuden. Weiterhin bestellte er an ihm verbliebenen Grundstücken zugunsten des jeweiligen Eigentümers der verkauften Grundstücke ein Ausbeutungsrecht für Ton, Sand und Elb in Form einer Grunddienstbarkeit. Es wurde eine jährliche Vergütung ("Entschädigung") von 3.000,-- bis 6.000,-- DM vereinbart.

---

1) BGHZ 41/209,214 f; siehe oben S.8 f;

2) BGH NJW 1974/2123 f;

3) Der Sachverhalt ist im Folgenden vereinfacht wiedergegeben.

Die Beklagte verkaufte im Jahre 1968 die beiden Kaufgrundstücke. Die Klägerin verweigerte daraufhin ihre Zustimmung zu einem Schuldnerwechsel.
Am 29.12.1969 kündigte sie "den Vertrag" von 1904 gegenüber der Beklagten zum 31.12.1970.

Mit ihrer Klage begehrte sie die Feststellung, daß "der Vertrag" von 1904 wirksam zum 31.12.1970 gekündigt sei.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.
Die Berufung der Beklagten war erfolglos.
Das Oberlandesgericht hat angenommen, im Jahre 1904 sei ein Pachtvertrag geschlossen worden.
Von dessen Fortbestand hätten die Vertragsparteien die insoweit auflösend bedingte Grunddienstbarkeit abhängig gemacht. Mit der zulässigen Kündigung des Pachtvertrages nach 30-jähriger Dauer (§§ 581 II, 595, 567, S. 1 BGB) sei auch die Grunddienstbarkeit erloschen.

Der Bundesgerichtshof hat das Urteil des OLG aufgehoben und zurückverwiesen.
Er hat ausgeführt, der Schuldvertrag habe nicht den Charakter eines obligatorischen Nutzungsrechts (Pacht) gehabt, sondern sei lediglich das Kausalgeschäft für die Dienstbarkeitsbestellung gewesen; denn die im Vertrag niedergelegten Abreden könnten zwanglos als Inhalt des Kausalgeschäftes angesehen werden. Ein Anlaß und ein Bedürfnis für die Annahme eines obligatorischen Nutzungsrechts neben einem dinglichen sei nicht ersichtlich [1].
Zwar sei das gleichzeitige Nebeneinander eines schuldrechtlichen und eines dinglichen Nutzungsrechts nicht grundsätzlich ausgeschlossen, es sei jedoch ein Ausnahmefall. Ein solcher liege z.B. vor, wenn zu einem

---

1) BGH NJW 1974/2123;

dinglichen Wegebenutzungsrecht für land- und hauswirtschaftliche Zwecke ein bloß obligatorisches Wegerecht für gewerbliche Zwecke treten solle [1].

Damit ist der Bundesgerichtshof auch in dieser - soweit ersichtlich - jüngsten Entscheidung zu diesem Problembereich nicht auf eine mögliche Verwendung von Dienstbarkeiten als Sicherungsmittel eingegangen.
In dem von ihm angeführten Ausnahmefall sichert die Grunddienstbarkeit das obligatorische Wegerecht nicht, denn dieses hat einen ganz anderen Inhalt als das beschränkte dingliche Recht.
Die Grunddienstbarkeit ist auch in diesem "Ausnahmefall" ein bloßes Nutzungsrecht.

5. Die Dienstbarkeiten als Nutzungsrechte.

Die Dienstbarkeiten sind im fünften Abschnitt des Dritten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches geregelt (§§ 1018 ff BGB). Der Gesetzgeber hat damit, auch durch die Stellung im Gesetz, die Verschiedenheit dieser beschränkten dinglichen Rechte (Nutzungsrechte [2]) von den sog. Sicherungs- und Verwertungsrechten [3] (Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld §§ 1113 ff BGB) verdeutlicht.
Dies gilt um so mehr, als zwischen den Dienstbarkeiten und den Grundpfandrechten im 6. Abschnitt des dritten Buches das dingliche Vorkaufsrecht (§§ 1094 ff BGB) geregelt wird.

---

1) BGH NJW 1963/1247; 1974/2123;
2) Baur, a.a.O., § 3 II, Übersicht 1, S. 24;
3) ebenda;

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden: Die Dienstbarkeiten werden seit jeher als Nutzungsrechte charakterisiert.[1] Eine eingehende Untersuchung ihres Sicherungscharakters wurde bislang noch nicht vorgenommen[2]. Der Bundesgerichtshof ist in seiner letzten Entscheidung[3], die ein potentielles Nebeneinander von schuldrechtlichem und dinglichem Nutzungsrecht verwandten Inhalts betraf, auf die Sicherungsproblematik nicht eingegangen.

Aus der Tatsache, daß der Sicherungscharakter der Dienstbarkeiten bisher nicht bejaht wurde, kann jedoch nicht gefolgert werden, ein solcher existiere nicht. Denn während in früherer Zeit eine Sicherungsfunktion der Dienstbarkeiten nicht erforderlich war, ist das Bedürfnis nach der"Sicherungsdienstbarkeit " heute groß.
Mit der steigenden Zahl von Konkursen und der fortschreitenden Verringerung der Konkursquote, die durch die Bestellung einer immer größeren Zahl von dinglichen Sicherungsmittel,die zur Vorwegbefriedigung berechtigen, verursacht wird, erscheint es nötig, obligatorische Rechte so weit wie möglich dinglich abzusichern.

II) Die Verwendung der Dienstbarkeiten als Sicherungsmittel.

Nachdem festgestellt wurde, daß die Dienstbarkeiten bislang fast ausschließlich als Nutzungsrechte angesehen wurden, stellt sich nunmehr die Frage, ob diese beschränkten dinglichen Rechte auch einer Verwendung als Sicherungsmittel zugeführt werden können.

---

1) Zur Ausnahme s.o. S. 8 f;

2) Die Tatsache, daß es einen Sicherungsnießbrauch gibt, steht dem nicht entgegen.

3) BGH NJW 1974/2123 f; so auch BGH BB 1968/767;

Dazu ist zunächst zu untersuchen, ob überhaupt ein Bedürfnis für eine derartige Sicherung besteht. Sicherung bedeutet hier, daß ein obligatorisch Nutzungsberechtigter von dem Eintritt des Sicherungsfalles an, also sobald er seinen Nutzungsanspruch nicht mehr realisieren kann, die Sache aufgrund eines dinglichen Rechtes nutzen kann. Die Bestellung von Dienstbarkeiten zur Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche ist demgemäß dann unnötig, ja sie ist noch nicht einmal möglich, wenn die Gründe, die der Realisierung des obligatorischen Anspruchs entgegenstehen, auch die Durchsetzung des dinglichen Rechtes verhindern; denn in diesem Fall ist das dingliche Recht nicht sicherer als das obligatorische.
Aber auch wenn die Dienstbarkeit - zusammen mit dem ihrer Bestellung zugrundeliegenden Verpflichtungsvertrag, der causa -einen zu sichernden schuldrechtlichen Nutzungsvertrag überflüssig macht , etwa weil alle Abreden, die Inhalt des Nutzungsvertrages sein können, auch im Rahmen des dinglichen Rechtes und der causa zufriedenstellend geregelt werden können und auch die Abwicklung dieser Rechtsverhältnisse keine größeren Schwierigkeiten bereitet als die des Nutzungsvertrages, ist eine Sicherung durch Dienstbarkeiten sinnlos.
Die Frage nach dem Sinn der dinglichen Sicherung durch Dienstbarkeiten soll vor der Frage nach deren Zulässigkeit untersucht werden, da sich letztere erst stellt, wenn ein Bedürfnis für eine Sicherung besteht.

Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß Schuldverträge und dingliche Rechte nicht beliebig ausgestaltet sein können.
Eine Konstruktion - eine Sicherung durch Dienstbarkeiten - ist nämlich nur dann sinnvoll, wenn die gewählte Konstruktion zulässig ist, also nicht gegen zwingende Rechtsprinzipien des Bürgerlichen Gesetzbuches verstößt.
Eine unzulässige, aber potentiell "zweckmäßige"Sicherungskonstruktion ist sinnlos.

Schließlich müssen bei der Frage nach dem Sinn der Sicherung die Folgen bei der praktischen Anwendung berücksichtigt werden. Der Sinn einer Konstruktion zeigt sich erst an deren Folgen.

Wenn im Folgenden gleichwohl zunächst der Sinn, dann die Zulässigkeit und schließlich die Folgen der Konstruktion "Sicherungsdienstbarkeit" untersucht werden, so geschieht das, um eine bessere Übersichtlichkeit zu erreichen.

1) Die Vorteile der Dienstbarkeiten (im Vergleich zu den schuldrechtlichen Ansprüchen)

Die Vorteile der Dienstbarkeiten treten bei einem Vergleich mit Ansprüchen aus einem Schuldvertrag deutlich hervor.

a) Die Dienstbarkeiten als absolute Rechte.

Die Dienstbarkeiten sind als beschränkte dingliche Rechte durch das Sachenrecht im BGB geregelt.
Das "statische" [1] Sachenrecht regelt die endgültige Zuordnung einer Sache in den Vermögensbereich einer bestimmten Person. Das "dynamische" [2] Schuldrecht hat dagegen die Aufgabe, diese Zuordnung vorzubereiten und zu rechtfertigen [3].
Aus diesen verschiedenartigen Zwecksetzungen ergibt sich auf der einen Seite die Absolutheit des Sachenrechts mit der Wirkung "inter omnes" und andererseits die Relativität des Schuldrechts, d.h., der schuld-

---

1) Brox, Allgemeines Schuldrecht, München 1983, Rz.7;
2) ebenda;
3) Fikentscher, Schuldrecht, Berlin 1976, § 1 II 2 b,S.3;

rechtliche Anspruch wirkt grundsätzlich [1] nur " inter partes ".
Die Absolutheit führt wiederum dazu, daß die Dienst - barkeiten gegen rechtswidrige Eingriffe besonders geschützt sind.

aa) So steht dem Berechtigten aus einer Grunddienstbar - keit die actio negatoria des § 1004 BGB zu (§ 1027 BGB). Die Grunddienstbarkeit ist ein " sonstiges Recht " im Sinne des § 823 I BGB, und ihre Verletzung verpflichtet zum Schadensersatz [2].

bb) Der Schutz des Nießbrauchers entspricht dem des Eigen - tümers. § 1065 BGB verweist auf die Vorschriften der §§ 985,1004 BGB. Dem Nießbraucher steht daher neben der actio negatoria auch die rei vindicatio zu.
Hinzu kommt der deliktische Schutz aus § 823 I BGB, denn der Nießbrauch stellt ein " sonstiges Recht " im Sinne dieser Vorschrift dar.
Der Nießbraucher wird schließlich durch die Besitz - schutzvorschriften der §§ 858 ff BGB geschützt [3], ein Schutz, der allerdings grundsätzlich jedem Besitzer zukommt.

cc) Bezüglich der beschränkten persönlichen Dienstbar - keit gilt das oben zu aa) Ausgeführte. Die Vorschrift des § 1090 II BGB verweist insofern auf die Grund - dienstbarkeitsvorschriften.

dd) Die Unzulänglichkeit der schuldrechtlichen Ansprüche unter dem Aspekt der Sicherheit ergibt sich einmal daraus, daß Forderungen grundsätzlich nicht zu den

---

1) Eine gewisse Ausnahme bilden hier z.B. die Vor - schriften der §§ 556 III,604 IV BGB sowie §§ 571 ff, 581 II BGB (Dulkeit, Die Verdinglichung obligatori - scher Rechte, Tübingen,1951, S. 20 f);

2) Baur,a.a.O., § 33 IV 1,S. 296; Palandt-Thomas, § 823 Anm. 6 a;

sonstigen Rechten im Sinne des § 823 I BGB gehören [1)]

Eine andere Schwäche verdeutlicht die Vorschrift des § 137 BGB:
Hat sich der Schuldner gegenüber seinem Gläubiger verpflichtet, mit seiner Sache in bestimmter Weise zu verfahren, und veräußert er diese, so ist der neue Eigentümer an die Abrede zwischen Gläubiger und Schuldner hinsichtlich des Umgangs mit der Sache nicht gebunden, sofern nicht die Ausnahmevorschriften der §§ 571ff,581 BGB eingreifen.
Auch die Verpflichtung des Schuldners, seine Sache nicht zu veräußern, sichert die Position des Gläubigers nicht. Zwar kann sich der Schuldner wirksam verpflichten, ein veräußerliches Recht, z.B. eine Sache [2)], nicht zu veräußern (§ 137,2 BGB); die Befugnis zur Verfügung über die Sache kann jedoch nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden (§ 137,1 BGB).

Hat sich E verpflichtet, Immissionen, die vom Grundstück seines Nachbarn N ausgehen, und die er an sich gemäß §§ 906,1004 BGB verbieten könnte, zu dulden, und veräußert er das Grundstück an E_1, so ist E_1 an die Abrede zwischen N und E nicht gebunden, kann die Immissionen also verbieten.
Selbst wenn sich E , damit ein solches Ergebnis nicht eintreten kann, auf Verlangen des N diesem gegenüber verpflichtet hätte, das Grundstück nicht zu veräußern, würde die Wirksamkeit der (abredewidrigen) Übereignung von dieser Verpflichtung nicht berührt (§ 137,1 BGB).

---

1) Medicus, Bürgerliches Recht, Köln, 1983,Rz. 610;
2) Palandt-Heinrichs,§ 137 Anm. 2;

b) Die Sicherheit in der Vermögenskrise.

Auch in der Vermögenskrise des Schuldners ist der dinglich Berechtigte besser gestellt als der Gläubiger einer Forderung.
Als Fälle der Vermögenskrise sind die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, der Konkurs und der Vergleich zu nennen.

aa) Die Dienstbarkeiten in der Zwangsversteigerung und in der Zwangsverwaltung.

Zwangsversteigerung und -verwaltung können die Dienstbarkeiten in zwei Fallgestaltungen berühren:

In dem einen Fall wird das belastete Grundstück versteigert bzw. der Zwangsverwaltung zugeführt. Möglich - allerdings nur bei der Grunddienstbarkeit - ist die Versteigerung bzw. die Verwaltung des herrschenden Grundstücks [1].
Für die Beurteilung des Schicksals der Dienstbarkeit bei der Versteigerung des belasteten Grundstücks kommt es in erster Linie auf die Rangstelle des beschränkten dinglichen Rechts an.
Als Rangklassen kommen hier nur die Nummern 4, 6 und 8 des § 10 I ZVG in Betracht [2].

Sofern die Dienstbarkeit in das geringste Gebot (§ 44 I ZVG) aufgenommen wird - weil sie vor dem Anspruch des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers oder Berechtigten rangiert - bleibt sie unverändert bestehen (§§ 52 I, 44 ZVG). Das Übernahmeprinzip [3]

---

1) Dieser Fall wird hier nicht untersucht, da es bei diesem nicht in erster Linie um die Sicherung der Nutzung des belasteten Grundstücks geht.

2) Haegele, DNotZ 1976/5; Zeller, § 10, Anm. 9;

3) Stöber/ Zeller, Rz 238, S. 109;

greift ein und der Ersteher des Grundstücks ist fortan mit der Dienstbarkeit belastet [1].

Dagegen erlischt [2] das beschränkte dingliche Recht gemäß §§ 44, 52 I 2 ZVG mit dem Zuschlag (§ 91 I ZVG), wenn es aufgrund seines schlechten Ranges bei der Feststellung des geringsten Gebotes nicht berücksichtigt wurde. (Im Rahmen des § 91 II, III ZVG ist es jedoch möglich, eine Liegenbelassungsvereinbarung zu treffen.) [3]
An die Stelle der Dienstbarkeit tritt der Wertersatz nach §§ 92 I, II, 114 ff, 121 ZVG, wenn und soweit der Versteigerungserlös dazu ausreicht.

Welchen Umfang der Wertersatz hat, ist bei den einzelnen Arten der Dienstbarkeit verschieden.
Bei der Grunddienstbarkeit - diese fällt nicht unter die Vorschrift des § 92 II ZVG [4] - richtet sich die Höhe des Geldbetrages nach dem Wert, den die Grunddienstbarkeit für den Berechtigten hatte. Hierbei darf allerdings ein Höchstbetrag, der nach § 882 BGB in das Grundbuch eingetragen wurde, nicht überschritten werden. Der Betrag wird als einmalige Kapitalabfindung gezahlt (§ 92 I ZVG).

---

1) Diese Fallgestaltung wird für den Berechtigten aus der Dienstbarkeit grundsätzlich erstrebenswert sein; ihm kommt es ja in erster Linie auf das Benutzungsrecht an. Mit einem Geldersatz - dazu im Folgenden - wird ihm dagegen nur selten geholfen sein.

2) Allerdings kann auch in diesem Fall das Fortbestehen festgestellt werden (§ 59 I ZVG) (Schiffhauer, Rpfleger 1975/187, 191).

3) Schiffhauer, a.a.O., S. 194 f;
Zeller, § 91 Anm. 3 (4) ;

4) Zeller, § 92 Anm. 3 (5); Schiffhauer, a.a.O., S. 191; Stöber/Zeller, Rz. 451,S.223;

Der Nießbrauch und die beschränkte persönliche Dienstbarkeit sind stets von unbestimmter Dauer [1] (§ 92 II ZVG). Bei diesen Rechten wird der Wertersatz in Form einer Geldrente gezahlt, die dem Jahreswert des Rechtes gleichkommt (§ 92 II 1 ZVG). Dabei darf nach § 121 I 1. Halbs. ZVG in den Teilungsplan höchstens der 25-fache Betrag einer Jahresleistung aufgenommen werden.
Da es dem Berechtigten jedoch meist auf die tatsächliche Nutzungsmöglichkeit ankommt, wird seinem Sicherungsbedürfnis häufig nur eine erstrangige Dienstbarkeit gerecht werden. Dies gilt um so mehr, als der Wertersatz nur gezahlt wird, soweit der Versteigerungserlös ausreicht.

Die Dienstbarkeiten stehen einer Zwangsverwaltung nicht entgegen, gleichgültig, ob der die Zwangsverwaltung betreibende Gläubiger Rang vor oder nach dem Berechtigten hat [2]. Allerdings kann der betreibende Gläubiger den dinglich Berechtigten nur dann aus dem Besitz bzw. aus der Nutzung verdrängen, wenn sein Recht vorgeht [3]. Ist das nicht der Fall, so kommt nur eine sogenannte "beschränkte" Zwangsverwaltung in Betracht, bei der der betreibende Gläubiger die Sache nicht in Besitz nehmen kann bzw. die Nutzung seitens des Berechtigten dulden muß [4]. Auch bei der Zwangsverwaltung kommt es mithin auf eine "gute" Rangstelle an.

---

1) Denn mit dem Tode des Berechtigten erlöschen diese Rechte (§§ 1061, 1090 II BGB); (Stöber/Zeller, Rz 451, S. 223);

2) Zeller, § 146 Anm. 9 (2,3); OLG Köln NJW 1957/1769 f;

3) Palandt - Bassenge, Einf. v. § 1030 Anm. 4; Zeller, § 146 Anm. 9 (2,3);

4) Allerdings wird auch in diesem Fall die Zwangsverwaltung unbeschränkt angeordnet. Wenn der Berechtigte jedoch Erinnerung einlegt, darf sie nur unbeschadet seiner Rechte fortgesetzt werden (OLG Köln, a.a.O., S. 1769 f; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt § 146 Anm. 4; Mohrbutter, Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, Berlin 1974, § 52 S.584, alle bzgl. des Nießbrauches;).

bb) Die Dienstbarkeit im Konkurs.

Fällt der Eigentümer des belasteten Grundstücks[1] in Konkurs, so sind die aus einer Grunddienstbarkeit[2], einem Nießbrauch[3] und einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit[4] Berechtigten gemäß § 43 KO aussonderungsberechtigt, wenn das dingliche Recht selbst und nicht die Sache, auf der das dingliche Recht lastet, Gegenstand der Aussonderung ist[5]. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Konkursverwalter das Bestehen des Rechtes leugnet[6]. In den übrigen Fällen steht dem Berechtigten ein Absonderungsrecht zu (§ 47 KO)[7]. Die abgesonderte Befriedigung erfolgt unabhängig vom Konkursverfahren (§ 4 II KO), wobei Konkursverwalter und Berechtigter zur Verwertung durch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung befugt sind (§ 126 KO). Auch hier kommt es also auf eine gute Rangstelle des beschränkten dinglichen Rechts an.

Im Gegensatz dazu ist die Position des Gläubigers, der aus einem gegenseitigen Vertrag einen Anspruch gegen den Cridar auf Nutzung des Grundstücks des Cridars hat, schlecht, sofern dieser Anspruch nicht ein miet- oder pachtvertraglicher ist (§ 19f KO). Denn dem Konkursverwalter steht gemäß § 17 I KO ein Wahlrecht zu, ob er den Vertrag(weiterhin) erfüllen will oder nicht. Verzichtet er auf die Erfüllung, so hat der Gläubiger

---

1) Der Konkurs des dinglich Berechtigten soll nicht untersucht werden. Denn für den Cridar besteht in diesem Fall kaum noch ein Bedürfnis nach einer Sicherung; zudem ist die Sicherung des Anspruchs gegen den belasteten Eigentümer nicht betroffen.

2) Hess/Kropshofer, § 43 Rz 18;

3) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, § 43 Rz 2;

4) = Fn. 2;

5) RGZ 98/143, 145; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, § 43 Rz 58;

6) Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, München 1980, § 45 I 1b, S. 167;

7) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, § 47 Rz 12;

nur einen Schadensersatzanspruch, der eine einfache Konkursforderung ist und der sich im heutigen Kon - kurs nur selten realisieren läßt.

cc) Die Dienstbarkeit im Vergleich.

Gemäß § 26 VerglO sind Gläubiger, denen im Konkurs ein Aussonderungsrecht zusteht, nicht Vergleichs- gläubiger. Sie können daher, ohne Rücksicht auf das Vergleichsverfahren, gegen den Schuldner die Zwangs- vollstreckung betreiben[1]. Die Inhaber eines Absonderungsrechtes sind Vergleichsgläubiger, insoweit ihnen der Schuldner auch persönlich haftet und sie auf abgesonderte Befriedigung verzichten oder bei ihr ausgefallen sind (§ 27 VerglO). Der aus einer Dienstbarkeit Berechtigte kann also auch im Vergleich eine abgesonderte Befriedigung verlangen.

c) Zwischenergebnis.

Diese kurze Zusammenfassung hat die Vorteile der Dienstbarkeiten gegenüber schuldrechtlichen Ansprüchen aufgezeigt.
So ist beispielsweise der Imker gut beraten, wenn er nicht nur schuldrechtlich mit dem Nachbarn vereinbart, daß dieser seine (des Nachbarn) Rosen nicht spritzen darf. Vielmehr wird er sich (zusätzlich) eine Grunddienstbarkeit dieses Inhalts bestellen lassen (§ 1018, 2. Alt BGB). Er ist dann geschützt, wenn der Nachbar sein Grundstück veräußert, wenn die Zwangsversteigerung durchgeführt wird oder wenn dieser in Konkurs fällt. Stets kann er von dem neuen Eigentümer die Unterlassung verlangen.

---

1) Böhle-Stamschräder/Kilger § 26 Anm. 1;
Haegele DNotZ 1976/5,8,11;

2) Die Nachteile der Dienstbarkeiten (im Vergleich zu dem schuldrechtlichen Ansprüchen).

Die zuletzt geschilderten Vorteile der Dienstbarkeit werfen die Frage auf, ob eine Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche durch Dienstbarkeiten nicht schon deshalb sinnlos, weil überflüssig, ist, weil diese beschränkten dinglichen Rechte, die den Vorteil größerer Sicherheit bieten, möglicherweise keine Nachteile gegenüber den schuldrechtlichen Ansprüchen aufweisen.
Im Folgenden werden daher die Nachteile der Dienst - barkeiten untersucht.

a) Typenzwang und Typenfixierung im Sachenrecht.

aa) Der Typenzwang.

Der numerus clausus der Sachenrechte (Typenzwang) besagt, daß die im Sachenrecht möglichen dinglichen Berechtigungen im Gesetz fixiert sein müssen. Es gibt also eine "geschlossene Zahl" dinglicher Rechte.
Die Parteien können sich zwar entscheiden, ob sie ein dingliches Recht begründen wollen oder nicht. Neben diese Abschlußfreiheit tritt aber grundsätzlich keine Gestaltungsfreiheit [1].
Welche Rechte überhaupt begründet werden können, ergibt sich aus dem Numerus clausus der Sachenrechte.

bb) Die Typenfixierung.

Die Typenfixierung im Sachenrecht legt verbindlich den Inhalt der dinglichen Rechte fest. Inhalt einer

---

1) Baur, a.a.O., § 1 II 2, S. 3 f;

Dienstbarkeit kann daher z.B. niemals eine Pflicht (Hauptpflicht) des Eigentümers zu aktivem Handeln sein [1].

Auf der anderen Seite läßt das Schuldrecht der Privatautonomie freien Raum. Grundsätzlich kann ein Schuldvertrag hinsichtlich jedes Gegenstandes und mit jedem Inhalt geschlossen werden (§ 305 BGB).
Aus diesem Grund findet sich nicht zu jedem schuldrechtlichen Anspruch eine Berechtigung aus einem beschränkten dinglichen Recht als Äquivalent.

b) Die Gegenleistung [2].

aa) Die Gegenleistung bei der Grunddienstbarkeit und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.

Bei der Grunddienstbarkeit und der beschänkten persönlichen Dienstbarkeit kann eine Gegenleistungspflicht des Berechtigten nicht zum dinglichen Inhalt des Rechts gemacht werden [3].
Aus dem dinglichen Recht kann der Berechtigte daher nicht zur Erbringung einer Gegenleistung verpflichtet sein.
Da jedoch im Wirtschaftsverkehr der Satz: "do ut des" Motivation allen Handelns ist, stellt die Gegenleistungslosigkeit einen großen Nachteil dieser Dienstbarkeiten dar.

---

1) BayObLG DNotZ 81/124, 126 f; Palandt-Bassenge, § 1018 Anm. 4a;

2) Dieser Problembereich ergibt sich ebenfalls aus der Typenfixierung. Wegen der großen wirtschaftlichen Bedeutung der Gegenleistung erscheint jedoch eine besondere Hervorhebung nötig.

3) BGH WM 1965/649, 651; BayObLGZ 1979/273, 278; Soergel-Baur, § 1093 Rz 7; Palandt-Bassenge § 1018 Anm. 4 f; Lange, MittRheinNotk 1982/241, 243;

Der Nachteil kann abgeschwächt, nicht jedoch beseitigt werden:

Der Berechtigte kann sich - und zwar schuldrechtlich - zu einer Gegenleistung verpflichten [1], und der Bestand [2] der Dienstbarkeit kann durch die Erbringung der Gegenleistung (Zahlung) bedingt sein.

(1) Der Schuldvertrag.

Eine Verpflichtung zur Zahlung kann in zwei verschiedenen Formen vereinbart werden.

Der Berechtigte kann für die Bestellung der Dienstbarkeit eine einmalige Leistung erbringen; möglicherweise ist er aber auch verpflichtet, - für die Bestellung - monatliche oder jährliche Raten zu zahlen.
Im ersten Fall [3] hat der Berechtigte seine Verpflich-

---

1) BGH LM § 398 Nr. 20; Palandt - Bassenge,§ 1018 Anm 8;

2) BayObLGZ 1964/1,3; Auf die Bedingung der Ausübung wird später eingegangen.

3) Freilich erscheint diese Fallgestaltung in vielen Fällen ungeeignet. Je nachdem, wie weit die Dienstbarkeit reicht, kann der Wert des belasteten Grundstücks erheblich sinken, so daß die einmalige Gegenleistung entsprechend hoch ausfallen muß. Auch wird der "belastete Eigentümer" diesen Eigentumstorso schlecht veräußern können. Anders ist es aber bei einer Ratenzahlung. Hier wird der Wertverlust teilweise ausgeglichen (wozu allerdings eine Abtretung der Ansprüche gegen den Berechtigten an den neuen Eigentümer nötig ist), und die einzelnen Zahlungen belasten den Berechtigten nicht so stark.

tung aus dem Schuldvertrag, dem Kausalverhältnis für die Bestellung der Dienstbarkeit, mit der Zahlung erfüllt. Das der Bestellung der Dienstbarkeit zugrunde liegende Rechtsverhältnis kann somit als Rechtskauf angesehen werden [1].

Im Falle der Nichtleistung seitens des Berechtigten kann der Eigentümer die Bestellung der Dienstbarkeit verweigern (§ 320 BGB). Kommt der Eigentümer des belasteten Grundstücks seinen Pflichten aus dem dinglichen Recht [2] nicht nach - er unterläßt beispielsweise die ihm untersagte Handlung nicht-, so kann der Berechtigte aus der Dienstbarkeit bzw. aus dem der Bestellung zugrunde liegenden Schuldvertrag gegen den Eigentümer vorgehen.

Bei dem häufigeren Fall der vereinbarten Ratenzahlung treten dagegen Probleme auf. Zwar können Eigentümer wie Berechtigter ihre Rechte gerichtlich geltend machen. Fraglich ist aber, ob hier das Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB ausgeübt werden kann.

Muß B (der Berechtigte) die Rate zahlen, wenn E (der Eigentümer) eine ihm nach § 1018, 2. Alt BGB verbotene Handlung auf dem belasteten Grundstück vornimmt? Darf E andererseits beim Ausbleiben einer oder mehrerer Raten die an sich verbotene Handlung vornehmen?

Eine Ausübung des Zurückbehaltungsrechts aus § 320 BGB kommt nicht in Betracht, denn die beiden Leistungen, die Zahlung der Rate auf der einen und die Unterlassung der Handlung auf der anderen Seite, stehen zueinander nicht in einem synallagmatischen Verhältnis.

Die einzelnen Raten des zu zahlenden Gesamtbetrages werden für die Bestellung des Rechts gezahlt, nicht für die Ausübungsbefugnis, denn diese ergibt sich aus

---

1) offen gelassen: BGH BB 1968/767;

2) BGH DNotZ 1959/240 f;

dem dinglichen Recht [1].
Mit der Bestellung des Rechts hat der Eigentümer seine Verpflichtung aus dem Schuldvertrag erfüllt. Ein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB kann er nicht mehr geltend machen. Auch wenn die Raten ausbleiben, darf der Eigentümer die nach § 1018, 2. Alt BGB verbotene Handlung nicht gemäß § 320 BGB vornehmen. Den Parteien stehen in den vorgenannten Fällen lediglich Zurückbehaltungsrechte aus § 273 I BGB zu. Dabei ist es ohne Bedeutung, daß sich die Zurückbehaltung der Leistung durch den Eigentümer möglicherweise als positives Tun darstellt (§§ 241,2, 1018, 2. Alt BGB). Auch dem Erfordernis der Konnexität von Anspruch und Gegenanspruch ist genügt. Der Berechtigte zahlt die einzelne Rate für die Bestellung des dinglichen Rechtes. Die Unterlassungspflicht des Eigentümers ergibt sich aus diesem dinglichen Recht.
Grund beider Ansprüche ist damit ein "einheitliches, innerlich zusammengehöriges Lebensverhältnis" [2]. Es wäre treuwidrig, zuzulassen, daß der eine Anspruch ohne den anderen geltend gemacht werden kann [3].

Da zwischen der einzelnen Ratenzahlung und der Unterlassungspflicht kein synallagmatisches Verhältnis besteht, finden auch die §§ 323-325 BGB keine Anwendung.

Schließlich treten im Rahmen der Leistungsstörungen Probleme auf, die aus der Tatsache resultieren, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks nur zu einem Dulden oder Unterlassen verpflichtet ist [4].
Dies sei an zwei Beispielen verdeutlicht:

---

1) Der Fall der Bedingung der Ausübung wird später untersucht, s.u. S. 90, Fn. 5;

2) RGZ 72/61,65;

3) RGZ 134/144, 146; BGHZ 47/157,167;

4) BGH DNotZ 1959/240 f;

E bestellt dem B an seinem Haus ein dingliches Wohnrecht (§ 1093 I BGB). Für die Bestellung des Rechtes zahlt B 50.000,-- DM. Wird das Haus durch Verschulden Dritter, etwa durch einen Flugzeugabsturz, zerstört, so stellt sich die Frage, ob B sein Geld zumindest teilweise zurückverlangen kann.
Das gleiche Problem tritt bei folgendem Fall auf:

E bestellt dem B eine Grunddienstbarkeit mit dem Inhalt, daß B berechtigt ist, Kies, Sand und Elb auf dem Grundstück des E abzubauen und auf seinem Grundstück zu verarbeiten. B zahlt für die Bestellung des Rechtes 500.000,-- DM an E [1]. Schon nach unerwartet kurzer Zeit sind die Bodenschätze erschöpft oder nur mit erhöhtem Aufwand abbaubar. Kann B das Geld zurückverlangen?

Eine Antwort auf diese Fragen ergibt sich aus dem Wesen der Dienstbarkeiten. Da der Eigentümer grundsätzlich nur zur Duldung oder Unterlassung verpflichtet ist [2], trägt der Berechtigte meist das Risiko der Nutzungsmöglichkeit. Der Berechtigte kann sich deshalb im zweiten Beispielsfall nicht an den Eigentümer halten, wenn ihm die Nutzung nicht mehr möglich ist und der Eigentümer diese Unmöglichkeit nicht verursacht hat. Er kann auch nicht sein Geld herausverlangen, denn er trägt das Nutzungsrisiko. Eine Risikorückverlagerung auf den Eigentümer und damit die Rückkehr zu dem Grundsatz "casum sentit dominus [3] tritt nur über § 1021 I 1 BGB ein. Nach dieser Vorschrift ist eine dingliche Unterhaltungsvereinbarung aber nur hinsichtlich einer Anlage, d.h. einer von Menschen geschaffenen Einrichtung [4], zulässig. Der

---

1) Fall nach: BGH NJW 1974/2123

2) Palandt-Bassenge, § 1093 Anm. 9;

3) Medicus, a.a.O., Rz 271;

4) Palandt-Bassenge, § 1020 Anm. 3;

Bundesgerichtshof [1] hat für den Regelfall, in dem eine solche Unterhaltspflicht nicht vereinbart ist, entschieden, daß den Eigentümer bei der Zerstörung der Einrichtung grundsätzlich keine Wiederherstellungspflicht trifft, weil er nicht in einem aktiven Tun verpflichtet ist. Bildet man zu der im Beispielsfall angesprochenen Ausbeutungsgrunddienstbarkeit ein schuldrechtliches Nutzungsrecht verwandten Inhalts, so ist festzustellen, daß bei diesem das gerade angesprochene Problem der Risikoverlagerung nicht auftritt. Hätte E sich vertraglich verpflichtet, dem B eine bestimmte Kubikmeterzahl von Kies, Sand und Elb zu einem Preis von X DM/cm^3 zur Verfügung zu stellen, den Abbau also nicht lediglich zu dulden, und wäre das Vorkommen erschöpft, so wäre B von der Gegenleistungspflicht befreit (§ 323 I BGB) [2]. Dies ergibt sich daraus, daß der Eigentümer zu einem aktiven Tun verpflichtet ist. Er soll die Gegenleistung, die Zahlung, nur erhalten, wenn er auch seine vertragliche Leistung erbringen kann. Hat der Eigentümer (der Schuldner) die Unmöglichkeit zu vertreten, so kann der Gläubiger sogar Schadensersatz verlangen (§ 325 I BGB).

Im ersten Beispielsfall, der das dingliche Wohnrecht betrifft, kann dagegen mit dinglicher Wirkung vereinbart werden, daß der Eigentümer zu einem aktiven Tun verpflichtet ist (§§ 1093 I, 1090 II, 1021 I, 1, II BGB). Er muß dann das Gebäude, das der Berechtigte bewohnen darf, unterhalten, das heißt bei einer Beschädigung reparieren [3].
Sein Geld kann er jedoch nicht zurückverlangen, weil das Wohnrecht fortbesteht.
Damit ist festzustellen, daß, sofern zur Ausübung einer

---

1) BGH LM 1093 Nr. 2; so auch: Palandt-Bassenge, § 1093 Anm. 4 b aa;

2) Zum Schicksal der Dienstbarkeit beim Rücktritt vom schuldrechtlichen Nutzungsvertrag, s.u. B IV 4 a;

3) BayObLG JurBüro 1980/375 f; LG Heilbronn BWNotZ 1975/124; Palandt-Bassenge § 1093 Anm. 4 b bb;

Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 I, II BGB) keine Anlage gehört, eine Risikoverlagerung zu Lasten des Berechtigten eintritt.
Bei einer schuldrechtlichen Ausgestaltung greifen zudem die Vorschriften der §§ 320-327 BGB bezüglich des Verhältnisses der unmittelbar auszutauschenden Leistungen ein.

(2) Die Bedingung [1].

Die obligatorisch geschuldete Gegenleistung kann eine aufschiebende Bedingung für das beschränkte dingliche Recht darstellen, oder sie kann eine auflösende Bedingung sein.
Die Zulässigkeit der Bedingung einer Dienstbarkeit ergibt sich aus dem Umkehrschluß aus § 925 II BGB.
Der Fall der aufschiebenden Bedingung weist keine besonderen Probleme auf und spielt nur bei einer einmaligen Gegenleistung eine Rolle. Die auflösende Bedingung wird dagegen meist bei einer Ratenzahlung vorliegen. So kann vereinbart werden, daß das Recht erlischt, wenn beispielsweise eine oder mehrere zu entrichtende Monatsraten nicht gezahlt werden [2]. Tritt die Bedingung ein, so geht das Recht unter.

Dieses Ergebnis ist jedoch nur selten beabsichtigt. Der belastete Eigentümer will häufig im Falle der Nichtzahlung lediglich Druck auf den Berechtigten ausüben; er möchte den Vertrag, an dem auch er ein Interesse hat - er erhält schließlich im Normalfall die Gegenleistung -, nicht gefährden.

---

1) Wie schon erwähnt, wird nur die Bedingung für den Rechtsbestand untersucht.

2) BayObLGZ 1964/1,3; Ripfel DNOtZ 1968/404, 406, Amann, DNotZ 1982/396, 405;

Die Konsequenz, das Erlöschen des Rechts, beraubt ihn dieses Druckmittels [1], denn für die Sicherung einer einzelnen Gegenleistung soll nicht der Bestand des Vertrages gefährdet werden.
Aus diesem Grund wird eine solche auflösende Bedingung selten vereinbart [2].

Festzustellen bleibt, daß auch mit einer Bedingung der oben aufgezeigte Nachteil der Dienstbarkeiten, ihre Unentgeltlichkeit, nicht zufriedenstellend behoben werden kann.

bb) Der Nießbrauch.

Im Rahmen des Nießbrauchs ist umstritten, ob eine Gegenleistungspflicht des Berechtigten dinglich vereinbart werden kann.

(1) Das Bayerische Oberste Landesgericht [3] hat diesen Standpunkt vertreten. Es geht dabei zunächst von der richtigen Überlegung aus, daß das zwischen Eigentümer und Nießbraucher bestehende gesetzliche Schuldverhältnis grundsätzlich durch vertragliche Vereinbarungen abgeändert werden kann, wodurch auch der Inhalt des dinglichen Rechts modifiziert wird [4]. In Bezug auf die Vorschriften, die das gesetzliche Schuldverhältnis regeln, ergibt sich eine Ausnahme vom Prinzip der

---

1) Ripfel, DNotZ 1968/406

2) Ripfel, a.a.O., S. 406;

3) BayObLGZ 1979/273, 276f;

4) BayObLGZ 1979/273, 276, Staudinger-Promberger, Vorbem. v. §§ 1030 ff Rz 10 ff, Münchener Kommentar-Petzoldt, Vor. § 1030 Rz 13ff;

Typenfixierung [1].

Das Gericht führt weiter aus, die Möglichkeit der näheren Ausgestaltung des dinglichen Rechts bestehe nicht uneingeschränkt. So dürfe nicht gegen das Wesen des Nießbrauchs verstoßen werden.

Das sei bei einem entgeltlichen Nießbrauch aber auch nicht der Fall; das BGB enthalte keine Vorschrift, die es verbiete, dem Berechtigten (dem Nießbraucher) Belastungen aufzuerlegen [2]. Dieser sei vielmehr schon über die §§ 1041 ff BGB belastet. Daher könne als vertraglicher Inhalt des Nießbrauchs vereinbart sein, daß vom Nießbraucher an den Eigentümer (unter bestimmten Voraussetzungen) Leistungen zu erbringen sind.

(2) Dieser Schlußfolgerung kann jedoch nicht zugestimmt werden.

So ist schon das Argument, der Gesetzgeber habe dem Nießbraucher eine Reihe von Belastungen gegenüber dem Eigentümer auferlegt und deshalb müsse auch die Vereinbarung eines Entgelts mit dinglicher Wirkung möglich sein, nicht stichhaltig. Denn bei den erwähnten gesetzlich fixierten und zur einen wie zur anderen Seite hin abänderbaren Belastungen geht es stets um solche, die darauf abzielen, die Sache zu erhalten (§§ 1041, 1045 BGB) oder den Nießbraucher als denjenigen, der die Früchte aus der Sache zieht, auch mit den dabei entstehenden unvermeidlichen öffentlichen Lasten zu belegen (§ 1047 BGB). Der Nießbraucher soll nur den Reinertrag erhalten [3]. Der belastete Eigentümer soll nicht der Nutzung der Sache beraubt sein und dennoch zahlen müssen.

---

1) BayObLGZ 1979/273, 276, Münchener Kommentar - Petzoldt Vor. § 1030 Rz 14;

2) BayObLGZ 1979/273, 277;

3) Palandt-Bassenge § 1047, Anm. 1;

Ein vom Nießbraucher zu erbringendes Entgelt für den Nießbrauch ist mit diesen Belastungen nicht vergleichbar, denn es wird nicht zur Erhaltung des Grundstücks gezahlt. Da der Nießbrauch vom Gesetz her grundsätzlich unentgeltlich ist, stellt § 1047 BGB eine Beschränkung der Belastung des Eigentümers dar. Eine noch weitergehende Besserstellung des belasteten Eigentümers - über § 1047 BGB hinaus -, die bei dem entgeltlichen Nießbrauch eintreten würde, ist vom Gesetzgeber nicht gewollt. Auch aus dieser Vorschrift kann daher die Zulässigkeit des entgeltlichen Nießbrauchs nicht gefolgert werden.

Weiterhin wird durch den entgeltlichen Nießbrauch die Grenze von dinglichem Recht zu verdinglichtem Miet- und Pachtvertrag verwischt.

Dem Nießbrauch wird dadurch ein größerer Anwendungsbereich eröffnet, wobei fraglich ist, ob dies im Sinne des Gesetzgebers lag.

Schließlich weicht die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts von der Linie seiner bisherigen Rechtsprechung ab. Das Gericht hat bislang [1] den Rahmen einer zulässigen privatautonomen Gestaltung des Nießbrauchs eng gezogen und dabei das Wesen des Nießbrauchs aus den gesetzlichen Vorschriften [2] und aus der Tatsache herausgearbeitet, daß der Nießbrauch eine Dienstbarkeit ist [3].

In den gesetzlichen Vorschriften über den Nießbrauch ist die Entgeltzahlung an den Eigentümer aber nirgendwo geregelt. Und für die übrigen Dienstbarkeiten ist anerkannt, daß ein Entgelt nicht Inhalt des dinglichen

---

1) BayObLGZ 1972/364 ff; 1977/81 ff;

2) BayObLGZ 1977/81, 85 f;

3) BayObLGZ 1972/364, 367;

Rechts sein kann [1].

Stürner [2] hat richtig festgestellt, daß da, wo die Parteien den gesetzlichen Typ des Nießbrauchs wesentlich verändern wollen, nur der Abschluß schuldrechtlicher Vereinbarungen in Betracht kommt [3] und Individualvereinbarungen "im Grundbuch nichts zu suchen" [4] haben.

(3) Auch bei dem Nießbrauch kann somit eine Gegenleistungspflicht des Berechtigten nicht zum dinglichen Inhalt des Rechts gemacht werden.

Die oben im Rahmen der Grunddienstbarkeit und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit dargestellten Erwägungen gelten auch hier.

c) Die nachrangige Dienstbarkeit.

Wie schon erwähnt [5] hängt der Wert, die Sicherheit, die die Dienstbarkeit bietet, von der Rangstelle des beschränkten dinglichen Rechts ab.

Gleichzeitig aber bieten schuldrechtliche Ansprüche grundsätzlich noch geringere Sicherheit als nachrangige dingliche Rechte.

Eine Ausnahme bieten hier lediglich Ansprüche, die sich aus einem Miet- oder Pachtvertrag ergeben; sie können im Verhältnis zur nachrangigen Dienstbarkeit sicherer sein.

Denn wenn das vermietete oder verpachtete - und schon überlassene - Grundstück versteigert wird, bleibt der Mietvertrag bestehen (§ 57 ZVG). Der Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete" findet analoge Anwendung. Aller-

---

1) so auch BayObLGZ 1979/273, 278;

2) Soergel-Stürner, Vor. § 1030 Rz 11 (Nachtrag);

3) Soergel-Stürner, a.a.O.; so auch: Münchener-Kommentar-Petzoldt, Vor. § 1030 Rz.17;

4) Soergel-Stürner, a.a.O.;

5) s.o. B II 1 b;

dings steht dem Ersteher ein einmaliges (§ 57a ZVG), eingeschränktes (§ 57 c ZVG) Kündigungsrecht zu.
Ist die Miet- oder Pachtsache überlassen, so bleibt auch im Konkurs des Vermieters bzw. Verpächters der Vertrag wirksam (§ 21 KO); der Verwalter hat kein außerordentliches Kündigungsrecht und kein Wahlrecht nach § 17 KO [1) 2)] . Verkauft der Verwalter allerdings das Grundstück freihändig, so hat der Käufer das gleiche Kündigungsrecht wie der Ersteigerer in der Zwangsversteigerung (§ 21 IV KO).

d) Der subjektiv-persönliche Charakter von Nießbrauch und beschränkter persönlicher Dienstbarkeit.

Nießbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeit können nicht übertragen werden (§§ 1059, 1, 1092 I 1 BGB); die Rechte erlöschen mit dem Tod des Berechtigten (§§ 1061, 1090 II BGB).
Sollen die Rechte über lange Zeit bestehen bleiben, so müssen sie für eine juristische Person bestellt werden (§§ 1059a BGB, 1092 II BGB).

e) Die Grundbucheintragung.

Während im Bereich des Schuldrechts Rechtsänderungen - seien es Änderungen des Vertragsinhalts oder der Vertragsparteien - schnell und grundsätzlich formlos (§§ 305, 125, 1 BGB) durchgeführt werden können, bedürfen solche Änderungen im Rahmen der Dienstbarkeiten zur Wirksamkeit einer Eintragung ins Grundbuch (§ 873 I, § 877 BGB).

---

1) Jauernig, a.a.O., § 48 IV 3, S. 179;

2) Auch hier bleibt der umgekehrte Fall, den § 19 KO regelt, außer Betracht.

Daraus ergibt sich eine Schwerfälligkeit der Dienst - barkeiten.

3) Die Vorteile der Kombination von Dienstbarkeiten und Schuldverträgen.

Es fragt sich nun, ob durch eine Koppelung von Dienst - barkeiten und schuldrechtlichen Nutzungsverträgen verwandten Inhalts die oben dargestellten Nachteile, die beide Rechtsinstitute isoliert aufweisen, ver - mieden werden können.
Schon an dieser Stelle wird klar, daß nicht alle Schwächen der einzelnen Rechte auf diese Weise aus - geglichen werden können.
So kann beispielsweise eine nachrangige Dienstbarkeit, ähnlich wie eine nachrangige Hypothek oder Sicherungs - grundschuld, einen schuldrechtlichen Anspruch nur mangelhaft sichern. Eine (erstrangige) beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist grundsätzlich unüber - tragbar (§ 1092 I 1 BGB) und kann deshalb unter Umständen, etwa beim Tod des Berechtigten, früh - zeitig entfallen.
Schließlich findet sich nicht zu jedem schuldrechtli - chen Nutzungsvertrag eine Dienstbarkeit verwandten Inhalts als Äquivalent. Hier ziehen die Prinzipien des Typenzwanges und der Typenfixierung eine Grenze.
Auch treten die oben dargestellten Risikoverlagerungen ein [1], wenn der Schuldvertrag (der Mietvertrag) entfällt, das Wohnrecht aber erhalten bleibt. Das Risiko, die Wohnung nicht nutzen zu können, trägt der Berechtigte, sofern nicht - was hier ausnahmsweise möglich ist - eine Erhaltungspflicht des belasteten Eigentümers mit dinglicher Wirkung vereinbart wurde. Der Berechtigte muß die Gegenleistung erbringen und kann sich nicht auf §§ 537,323 BGB berufen.

---

1) S.o. B II 2 b aa (1);

Trotz dieser Einschränkungen erscheinen die Kombinationsvorteile aber beachtlich.
Denn während die Dienstbarkeiten (einschließlich des Kausalverhältnisses) den Bedürfnissen des täglichen Wirtschaftslebens aufgrund ihrer Starrheit (Typenzwang und Typenfixierung) und Schwerfälligkeit (Notwendigkeit der Grundbucheintragung) sowie durch ihre Gegenleistungslosigkeit und Risikoverlagerung kaum gerecht werden, bieten Schuldverträge hier Vorteile. Sie sind flexibel und können grundsätzlich jeden beliebigen Inhalt haben. Zudem stehen hier die unmittelbar und tatsächlich auszutauschenden Leistungen im Synallagma und erleichtern eine schnelle und wirksame Reaktion auf ein vertragswidriges Verhalten des Vertragspartners.

Andererseits bieten die Dienstbarkeiten einen größeren Schutz gegen die Entziehung der Sache sowie gegen Nutzungsstörungen.
Dabei ist es gleichgültig, ob sich der Vertragspartner (Eigentümer) vertragswidrig verhält, oder ob ein Dritter den Berechtigten rechtswidrig beeinträchtigt.
Schließlich gewähren die Dienstbarkeiten bei Zwangsversteigerung und Konkurs große Sicherheit.
Im Folgenden wird daher die Frage gestellt, ob es zulässig ist, einen Schuldvertrag in der Art und Weise durch Dienstbarkeiten zu sichern, daß der Schuldvertrag die Probleme des täglichen Lebens regelt, das dingliche Recht dagegen nur in Sonderfällen, in denen der Schuldner dem Gläubiger (dem Berechtigten) die Leistung nicht mehr aus dem Schuldvertrag gewähren kann, in Erscheinung tritt und die Sicherungswirkung entfaltet.

Bevor diese Frage beantwortet wird, sei der potentielle Anwendungsbereich der "Sicherungsdienstbarkeit" beispielhaft dargestellt.

4) Beispielsfälle.

Der Anwendungsbereich der " Sicherungsdienstbarkeit " ist nach zwei Richtungen hin abgegrenzt:
Zum einen erlaubt das Prinzip der Typenfixierung nur bestimmte Ausgestaltungen der Grunddienstbarkeit, des Nießbrauchs und der beschränkten persönlichen Dienst - barkeit. So kann der Inhalt einer Dienstbarkeit niemals in der Hauptpflicht des belasteten Eigentümers zur Vor - nahme einer Handlung bestehen [1]. Auf der anderen Seite ist eine isolierte Dienstbarkeit zusammen mit der ihr zugrundeliegenden causa dann ausreichend - es bedarf also nicht mehr eines zusätzlichen schuldrechtlichen Nutzungsvertrages -, wenn es sich nicht um ein (aktu - elles) Gegenleistungsverhältnis handelt und die Risiko - verlagerung in Kauf genommen wird, denn die übrigen Nachteile des dinglichen Rechtes können durch schuld - rechtliche Vereinbarungen im Rahmen der causa beseitigt werden. Mit anderen Worten:
Soll B für die Berechtigung keine (dauernde fortlau - fende) Gegenleistung erbringen, so ist ein schuld - rechtlicher Nutzungsvertrag verwandten Inhalts unnötig.
Unter diesen Eingrenzungen zeichnet sich folgender Anwendungsbereich der "Sicherungsdienstbarkeit" ab:

a) Mietvertrag - dingliches Wohnrecht.

Da das dingliche Wohnrecht das Eigentum unmittelbar belastet, bietet es einen größeren Schutz als ein ob - ligatorisches, abgeleitetes Wohnrecht. So steht dem Er - steigerer in der Zwangsversteigerung oder dem Erwerber beim freihändigen Verkauf durch den Konkursverwalter ein einmaliges Kündigungsrecht des Vertrages zu (§ 57 a ZVG,§ 21 IV KO).

b) Pachtvertrag - Nießbrauch

Hier gilt das zuvor Gesagte analog.

---

1) BGH DNotZ 1959/240 f;

c) Berechtigung zur Ausbeutung von Bodenschätzen - Grunddienstbarkeit, beschränkte persönliche Dienstbarkeit [1].

Hier wird der belastete Eigentümer daran interessiert sein, eine adäquate Gegenleistung für die monatliche oder jährliche Ausbeute zu erlangen. Dies ist kaum durch eine einmalige Zahlung für die Bestellung des dinglichen Rechts zu bewerkstelligen. Auch entspricht die Risikoverlagerung im Rahmen des dinglichen Rechts kaum dem Interesse des Berechtigten.
Auf der anderen Seite will sich derjenige, der die Bodenschätze abbaut, die Rohstoffquelle möglichst lange erhalten und deshalb sichern.

d) Nachbarrecht.

Im Zuge des immer engeren Zusammenrückens der Menschen treten auch gegenseitige Störungen verstärkt auf. Gerade in eng bebauten Neubaugebieten stößt der persönliche Freiraum schnell an Grenzen.
So können zur Vermeidung von Beeinträchtigungen, die weder durch öffentlich-rechtliche Normen verboten sind noch nach §§ 1004, 906 BGB untersagt werden können, "dingliche Vereinbarungen" über deren Unterlassung getroffen werden (§ 1018, 2 Alt. BGB).
Zu denken ist hier etwa an den schon erwähnten Hobbyimker, an die Haltung von Haustieren, an bestimmte Heizungsanlagen. Auch Bau-, Abbruch- [2] oder Pflanzbeschränkungen können vereinbart werden. Grundsätzlich erscheint auch hier die Vereinbarung einer Entgeltlichkeit in den meisten Fällen nötig.

---

1) BGH NJW 1974/2123;

2) OLG Köln Rpfleger 1976/209;

e) Immissionen.

Möglich erscheint es auch, zugunsten des Eigentümers eines Grundstücks, auf dem sich eine Anlage befindet, deren Immissionen das nach § 906 BGB erlaubte Maß überschreiten, eine Grunddienstbarkeit, oder, zugunsten des Betreibers der Anlage, eine beschränkte persön - liche Dienstbarkeit in Form der dritten Alternative des § 1018 BGB (§ 1090 I 2.Alt. BGB) zu bestellen und als Gegenleistung für die Minderung der Qualität des Grundstücks die Zahlung einer Geldrente zu ver - einbaren. Umgekehrt kann durch die Bestellung einer Grunddienstbarkeit die Umweltbelastung des herrschen- den Grundstücks verringert werden, indem dem Nachbarn durch die Dienstbarkeit auch solche Immissionen unter - sagt sind, die über §§ 1004,906 BGB an sich nicht ver- boten werden könnten. Für die Qualitätsminderung des dienenden Grundstücks kommt auch hier eine vom Be - rechtigten zu zahlende Geldrente in Betracht.

f) Leitungsrechte [1]

Mit der zunehmenden Bedeutung von Fernwärme, mit der Verkabelung von Fernsehen und Rundfunk usw. werden in immer größer werdendem Ausmaß Grundstücke verrohrt und verkabelt.
Bei einem ungünstig gelegenen Grundstück kann dies zu erheblichen Beeinträchtigungen auch durch solche Lei- tungen und Rohre führen, die nicht der eigenen Ver- sorgung dienen (§ 1018, 1. Alt, 1090, 1. Alt BGB). Hier kommt die Zahlung einer Geldrente in Betracht.

---

1) Linde, BWNotZ 1980/81, 29,33;

g) Wettbewerbsrecht.

Neuerdings wird immer häufiger versucht, mit Hilfe der Dienstbarkeiten den Wettbewerb zu sichern. So wird vereinbart, daß der Belastete es unterläßt, Wärmeenergie von einem anderen als einem bestimmten Wärmeproduzenten zu beziehen. Diese Vereinbarung wird fast durchweg nicht als zulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit angesehen [1], weil auf diese Weise der belastete Eigentümer durch die Dienstbarkeit letztlich zu einem aktiven Tun gezwungen wird [2]. Im übrigen soll jedoch eine Dienstbarkeit mit dem Inhalt, daß bestimmte Waren (nicht Waren eines bestimmten Herstellers) auf dem belasteten Grundstück nicht gelagert, verarbeitet, vertrieben oder bezogen werden dürfen, zulässig sein [3]. Der BGH differenziert danach, ob ein aus dem Eigentumsrecht fließendes Recht eingeschränkt wird, was zulässig sein soll, oder lediglich die rechtsgeschäftliche Freiheit [4].

Die Untersuchung dieses Problems ist nicht Gegenstand dieser Abhandlung und soll daher unterbleiben [5]. Festzuhalten ist allerdings, daß auch im Rahmen der Wettbewerbsbeschränkungen durch Dienstbarkeiten meist ein Schuldvertrag verwandten Inhalts erforderlich ist. Sei es, weil nicht alle Vereinbarungen Inhalt des dinglichen Rechts sein können, sei es, weil eine Gegenleistung vereinbart wird oder weil eine häufige schnelle Anpassung der Vereinbarung an veränderte Verhältnisse erforderlich ist.

---

1) BayObLG DNotZ 1977/303 f; MittRheinNotK 1979/15 ff; a.A. OLG Düsseldorf MittRheinNotK 1979/62;

2) Linde BwNotZ 1980/81,29,33;

3) BGH NJW 1981/343 f;

4) Joost, NJW 1981/308 f;

5) siehe dazu: Mulzer, Die dingliche Sicherung ausschließlicher Bezugspflichten durch Verbotsdienstbarkeiten, Diss. München 1980,S. 1 ff;

III) Die Zulässigkeit der dinglichen Sicherung durch Dienstbarkeiten.

1) Exkurs: Die Rechtslage in anderen europäischen Ländern.

Bevor die Zulässigkeit einer sog. "Sicherungsdienstbarkeit" untersucht wird, soll kurz auf die Rechtssituation in anderen europäischen Ländern eingegangen werden.

Möglicherweise sind Rechtslehre und Rechtsprechung in Österreich, in der Schweiz, in Frankreich oder in den Niederlanden[1] andere Wege gegangen als in der Bundesrepublik Deutschland, so daß das Rechtsinstitut " Sicherungsdienstbarkeit " dort bereits allgemeine Anerkennung findet und auf herausgearbeitete Pro - blemlösungen zurückgegriffen werden kann.

a) Die Rechtslage in Österreich.

Auch das österreichische ABGB kennt die Rechtsform der Dienstbarkeit (§§ 472-529 ABGB) und unterscheidet zwischen Prädialservituten und Personalservituten (§ 473 ABGB).
Die Dienstbarkeiten werden ebenso wie im deutschen Recht ausschließlich als Nutzungsrechte klassifiziert[2].

---

1) Zur Rechtslage in der DDR: Roggemann NJW 1976/393,401;

2) Kolziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts Wien 1979, S.134; Rummel-Petrasch, § 472 Rz.1 ;

Der Unterschied zum Pfandrecht (§ 447 ABGB) [1] wird an der Tatsache herausgestellt, daß das Pfandrecht der Sicherung diene, die Dienstbarkeit aber zur Nutzung geeignet sei [2].

Soweit ersichtlich, wurden in Österreich die Dienstbarkeiten noch nicht allgemein auf ihre Eignung als Sicherungsmittel schuldrechtlicher Ansprüche hin betrachtet. Zwar gewährt die verbücherte Dienstbarkeit dinglichen Schutz und eignet sich unter diesem Gesichtspunkt potentiell als Sicherungsmittel. Ein Nebeneinander von Schuldvertrag und Dienstbarkeit verwandten Inhalts wurde jedoch noch nicht eingehend untersucht.

Zudem erscheint es fraglich, ob ein solches Nebeneinander in Österreich überhaupt zulässig ist. Der österreichische Oberste Gerichtshof [3] hat entschieden, Wohnungsrecht (§ 521 ABGB = Dienstbarkeit) und Bestandsrecht (z.B. Mietrecht, §§ 1090, 1091 ABGB) könnten nicht nebeneinander bestehen. Vielmehr verzichte der (bisherige) Mieter, dem ein solches dingliches Recht bestellt werde (stillschweigend, § 863 I ABGB) auf das Mietrecht Möglicherweise muß diese Überlegung auch auf das Verhältnis andersgestalteter Dienstbarkeiten zu schuldrechtlichen Nutzungsverträgen verwandten Inhalts übertragen werden.

Die Nachteile der Unzulässigkeit eines Nebeneinanders von schuldrechtlichem und dinglichem Nutzungsrecht verwandten Inhalts sind hier jedoch eher unbedeutend, da in Österreich, anders als in der Bundesrepublik Deutschland, eine Entgeltlichkeit (Gegenleistungspflicht) als Verpflichtung des jeweiligen Berechtigten vereinbart und als Belastung der Dienstbarkeit verbüchert werden kann [4].

---

1) Damit ist auch das Grundpfandrecht gemeint.

2) Rummel-Petrasch, § 472 Rz.1;

3) SZ 15/156; Rummel-Petrasch, § 521 Rz.2;

4) SZ 28/68; 50/61; Klang, Kommentar zum ABGB, 2. Bd. Wien 1950, § 473, Zusatz 5, S. 552 f; Rummel-Petrasch, § 472 Rz.1;

Aus dem österreichischen Rechtskreis können daher für das zu untersuchende Problem keine Lösungsvorschläge herangezogen werden.

b) Die Rechtslage in der Schweiz.

Das Rechtsinstitut der Dienstbarkeit ist auch im schweizerischen Recht bekannt (Art 730 ff ZGB). Die Dienstbarkeiten treten als Personalservituten (z.B. Nutznießung und Wohnrecht, Art 745, 776 ZGB) und als Prädialservituten (Grunddienstbarkeit, Art 730 ZGB) auf. Weiterhin gibt es "irreguläre" [1] Personalservituten (z.B. Baurecht und Quellenrecht, Art 779, 780 ZGB), die ihrer Konzeption nach übertragbar und vererblich gestaltet werden können. Sämtliche Dienstbarkeiten werden als Nutzungsrechte angesehen [2].
Soweit ersichtlich, wurde die Möglichkeit ihrer Verwendung als Sicherungsmittel schuldrechtlicher Ansprüche noch nicht näher untersucht.
Hier ist festzustellen, daß das schweizerische Recht an Inhalt und Ausgestaltung der Dienstbarkeiten strengere Anforderungen stellt als das österreichische [3]. So können etwa Dienstbarkeiten nicht unter einer auflösenden Bedingung bestellt werden [4]. Eine auflösend bedingte Dienstbarkeit soll zwar nicht gegen materielles Recht, wohl aber gegen Art 12 GBVo verstoßen [5]. Auch die Ver-

---

1) Tuor/Schnyder, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1975, S. 609;

2) Meier-Hayoz, Schweizerisches Privatrecht, 5.Bd., 1.Halbband., Basel 1977, S. 544; Liver, Einleitung vor Art 730, Rz 56;

3) Das gilt auch im Verhältnis zum deutschen Recht.

4) Liver, Art 73/ Rz 68 ff; EBG 87 I 311, 315 ff;

5) ZBGR 10, S. 153, 54;

pflichtung zu einer Gegenleistung, sei es für die Einräumung oder die Ausübung einer Dienstbarkeit, kann nicht zum dinglichen Inhalt des Rechts gemacht werden [1]. Darin läge ein Verstoß gegen den numerus clausus der Sachenrechte, denn eine Haftung des Grundstücks für eine positive Leistung könne einzig durch Errichtung von Grundpfandrechten oder Grundlasten erreicht werden [2].
Eine obligatorische Verpflichtung zur Gegenleistung ist allerdings zulässig [3].
Auch aus dem schweizerischen Rechtskreis lassen sich daher keine Grundsätze für die Zulässigkeit einer "Sicherungsdienstbarkeit" heranziehen.

c) Die Rechtslage in den Niederlanden.

Auch das niederländische Recht kennt den deutschen Dienstbarkeiten entsprechende Rechte. Das Burgerlijk Wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch) regelt in den Art 721 BW - Art 757 BW die "erfdienstbarheden" (Grunddienstbarkeiten), in den Art 803 BW - Art 864 BW das "vruchtgebruik" (Nießbrauch) und in den Art 865 BW - Art 876 BW das "recht van gebruik" und das "recht van bewoning" (Gebrauchs- und Bewohnungsrecht). Die Grunddienstbarkeit ist als Prädialservitut (Art 721 BW), der Nießbrauch und das Gebrauchs- und Bewohnungsrecht sind als Personalservituten (Art 805 BW, Art 865 BW) ausgestaltet. Mit dem "erfpachtsregt" (Erbpachtrecht, Art 767 BW - Art 783 BW) kennt das niederländische bürgerliche Gesetzbuch ein entgeltliches dingliches Recht, das dem Berechtigten den vollen Genuß an einem fremden Grundstück gewährt (Art 767 BW).

Die dinglichen Rechte (zakelijke rechten) des BW werden

---

1) EBG 52 II 27, 35 ff;

2) Berner Kommentar, Art 776 Rz 10; Liver, Art 730 Rz 156

3) Berner Kommentar, Art 776 Rz 10; Liver, Art 730 Rz 159

in zwei Gruppen eingeteilt [1]:

- in "genotsrechten" (Gebrauchsrechte)

- und in "zekerheidsrechten" (Sicherungsrechte).

Zu den Gebrauchsrechten werden u.a. die Grunddienstbarkeit, das Erbpachtrecht und der Nießbrauch gerechnet. Als Sicherungsrechte werden die Hypothek und das Pfandrecht (Art 1208 ff BW, Art 1196 ff BW) bezeichnet [2]. Diese Unterteilung entspricht der des deutschen Rechts. Ähnlich wie im deutschen Recht werden die niederländischen "Dienstbarkeiten" ausschließlich als dingliche Nutzungsrechte angesehen [3]. Ein Sicherungscharakter wird ihnen nicht beigemessen. Als sachenrechtliche Sicherungsrechte werden abschließend aufgezählt: "privileges" (Sonderrechte), "pand" (Pfandrecht), "zekerheidseigendom" (Sicherungseigentum) "hypotheek" (Hypothek) und " re tentierrecht" (Zurückbehaltungsrecht) [4].

Damit liefert das niederländische Recht keine Beiträge, die bei der Untersuchung der "Sicherungsdienstbarkeiten" herangezogen werden könnten.

d) Die Rechtslage in Frankreich.

Auch das französische Recht unterscheidet scharf zwischen dinglichen Nutzungsrechten (droits réels de jouissance)

---

1) Asser's, Handleiding tot de Beoffening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Tweede Deel, Zakenrecht, Bijzonder Deel, Zwolle 1963, S. 4 f; Algra, Inleiding tot het Nederlands Privaatrecht, Groningen 1971, S. 79, 125 ff;

2) Algra, a.a.O., S. 79, 143 ff, 157 ff;

3) Algra, a.a.O., S. 79;

4) Fesevur, De zakelijke zekerheitsrechten naar tegenwoordig en toekomstig Nederlands recht, Alphen aan den Rijn 1979, S. 1 ff;
s.u. C, II, 2. c;

und dinglichen Sicherungsrechten (suretés réelles) [1]. Die Dienstbarkeiten werden ersteren zugeordnet [2].
Das französische Recht kennt folgende Dienstbarkeiten: die Grunddienstbarkeiten (les servitudes, Art 637 ff cc), den Nießbrauch (l'usufruit, Art 578 ff cc), das Gebrauchsrecht (l'usage, Art 625 ff cc) und das dingliche Wohnrecht (l'habitation, Art 625 ff cc).
Als dingliche Sicherungsrechte (suretés réeles) regelt der Code Civil
das Pfandrecht (le gage, Art 2073 - 2084 CC),
das Nutzungspfandrecht (l'anticrèse, Art 2085 - 2091 CC),
die Vorzugsrechte (les privilèges, Art 2095 - 2113 CC), und
die Hypothek (l'hypothèque, Art 2114 - 2194 CC).
Die Dienstbarkeiten sind in dieser Aufzählung nicht enthalten und werden auch von der Literatur [3] nicht als Sicherungsrechte angesehen. Daher können auch aus dem französischen Recht keine Lösungsvorschläge für das Problem der "Sicherungsdienstbarkeit" herangezogen werden.

Dieser Exkurs hat verdeutlicht, daß in den genannten Rechtskreisen das Institut der "Sicherungsdienstbarkeit" noch keine Anerkennung gefunden hat. Vielmehr werden Dienstbarkeiten ausschließlich als Nutzungsrechte angesehen.

---

1) Ferid, Das Französische Zivilrecht, Bd. 2, Frankfurt 1971, S.1092; Hubrecht,Notions Essentielles de Droit Civil,Sirey 1973, S. 208; Weill, Droit Civil, Dalloz 1973, S. 192;

2) Ferid, a.a.O., S. 1092

3) Ferid, a.a.O., S. 1034; Weill, a.a.O., S. 192; Hubrecht, a.a.O., S. 208 ff;

2) Die Zulässigkeit des Nebeneinanders von Dienstbarkeiten und Schuldverträgen, dargestellt am dinglichen Wohnrecht und Mietvertrag.

Das breite potentielle Anwendungsgebiet von Dienstbarkeiten als Sicherungsmittel wurde zuvor aufgezeigt.

Im Folgenden wird untersucht, inwieweit " Sicherungsdienstbarkeiten " zulässig sind, wobei zur besseren Übersichtlichkeit zunächst die Frage nach der Zulässigkeit des Nebeneinanders von Mietvertrag und dinglichem Wohnrecht gestellt wird.
Obgleich das Mietrecht aufgrund seiner sogenannten Verdinglichung [1] und der ihm zukommenden erhöhten sozialen Komponente Besonderheiten gegenüber anderen schuldrechtlichen Ansprüchen aufweist, erscheint es sinnvoll, das Verhältnis von Mietrecht und dinglichem Wohnrecht beispielhaft zu untersuchen, weil es schon in früherer Zeit Gegenstand heftiger Kontroversen war und an diese Erörterungen angeknüpft werden soll.

In einem zweiten Schritt wird dann die Übertragbarkeit der herausgearbeiteten Ergebnisse auf sonstige - normale - schuldrechtliche Ansprüche und Dienstbarkeiten verwandten Inhalts untersucht.

---

1) Dulckeit, a.a.O., S. 20 f; ähnlich: Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, München 1981, § 48 IV, S. 205 f;

a) Die Eintragung des Mietvertrages in das Grundbuch.

Die Vorteile der dinglichen Sicherung eines Mietverhältnisses wurden schon früh erkannt [1]. So versuchte man zunächst, das Mietverhältnis in das Grundbuch einzutragen. Die Unzulässigkeit einer solchen Eintragung war aber schon bald allgemeine Meinung. Das BGB kennt nur einen kleinen Kreis eintragungsfähiger dinglicher Rechte, zu denen das persönliche Mietrecht nicht gehört [2].

b) Der Versuch, den Inhalt des dinglichen Wohnrechts nach dem Inhalt des Mietvertrages zu richten.

Die Zulässigkeit dieser Konstruktion wurde früher von einzelnen Gerichten bejaht [3].
Dem kann nicht zugestimmt werden. Das dingliche Wohnrecht ist eine selbständige Grundstücksbelastung, seine Aufgabe besteht nicht darin, einen mietvertraglichen Anspruch lediglich zu sichern [4]. Vielmehr muß ein ernstlicher Wille vorhanden sein, das Wohnrecht als ein das Grundstück selbst ergreifendes Recht zu bestellen [5]. Den Parteien kommt es in den Fällen, in denen sich das dingliche Recht ganz nach dem Inhalt des Mietrechts richtet, aber nur darauf an, den Mietvertrag zu sichern.

---

1) KG OLGE 4/481;

2) RGZ 54/233, 235; BGH WM 1965/649, 650;

3) OLG Frankfurt SJZ 1948/385, 387; LG München BBauBl 1954/273 f;

4) BGH NJW 1963/2319 f; BGH Rpfleger 1974/187 f; LG Mannheim, DNotZ 72/617 f; OLG Hamburg, ZMR 1983/60 f; Haegele, Grundbuchrecht, München 1979, Rz 561 a;

5) RG HRR 1929 Nr. 602; BGH Rpfleger 1974/187 f; Glaser DNotZ 1957/316 f;

c) Das Nebeneinander von Mietvertrag und dinglichem Wohnrecht.

aa) Die ablehnende Ansicht.

Auch das Nebeneinander von ernstlich gewolltem dinglichem Wohnrecht und Mietvertrag wird zum Teil als unzulässig angesehen.
Dabei wird jedoch nicht die Wirksamkeit der Bestellung des dinglichen Rechts in Frage gestellt; vielmehr soll der Mietvertrag von dem -stärkeren- dinglichen Recht verdrängt werden [1].

Diese Ansicht wurde zunächst von Roquette vertreten. Er begründete sie mit der Überlegung, der besitzende Mieter werde durch die Bestellung des dinglichen Wohnrechtes als Inhaber des dinglichen Wohnrechts über §§ 577, 571 BGB sein eigener Vermieter. Die Folge davon sei die Konfusion und damit das Erlöschen des Schuldverhältnisses [2]. Werde das Wohnrecht dagegen vor der Besitzüberlassung an den Mieter oder vor Abschluß des Mietvertrages bestellt, so liege bezüglich des Mietvertrages nachträgliche bzw. ursprüngliche Unmöglichkeit vor [3].
Der Ansicht Roquettes sind im Ergebnis zahlreiche Gerichte [4] und ein Teil der Rechtslehre [5] gefolgt.
Dabei bestehen jedoch zum Teil unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich der Begründung [6] von Roquettes Ergebnissen sowie der daraus zu ziehenden Konsequenzen [7].

---

1) Roquette NJW 1957/525 ff; ders. BB 1967/1177 f; Haegele, Rpfleger 1973/349, 350; Erman-Ronke, § 1093 Rz 5; Westermann, a.a.O., § 123, 4, S. 615 f;

2) Roquette NJW 1957/525 f;

3) Roquette, a.a.O., S. 527;

4) LG Wuppertal NJW 1961/320 f, AG Bremen MDR 1963/56;

5) Westermann, a.a.O., § 123 Nr. 4, S. 615 f;

6) Streckewald, DB 1961/1544 f; Knöchlein, BB 1961/589,591;

7) Schopp ZMR 1971/233 ff;

bb) Die Ansicht der Judikatur.

Der überwiegende Teil der Rechtsprechung bejaht hingegen die grundsätzliche Zulässigkeit des Nebeneinanders. Schon das Reichsgericht [1] verlangte allerdings, daß sich die Befugnisse des dinglich Berechtigten nicht schlechthin nach dem von den Parteien geschlossenen Mietvertrag richten dürften. Andernfalls würde die Grenze zwischen den Rechten verwischt. Weiterhin müsse der wirkliche und ernsthafte Wille der Parteien darauf gerichtet sein, unabhängig und außerhalb von einem Mietvertrag ein dingliches Recht zu begründen [2].

Der Bundesgerichtshof ist der Rechtsprechung des Reichsgerichts zunächst gefolgt [3]. Er hat jedoch später [4] entschieden, "das gleichzeitige Nebeneinanderbestehen eines schuldrechtlichen (persönlichen) und eines dinglichen Nutzungsrechts verwandten Inhalts" stelle einen Ausnahmefall dar und bedürfe einer zweifelsfreien, in der Regel ausdrücklichen Abrede [5]. Vorher, im Jahr 1968, hatte der BGH [6] die von Roquette verneinte Frage als zweifelhaft bezeichnet, jedoch keine eindeutige Entscheidung getroffen.

Die Auffassung des BGH läßt sich wie folgt skizzieren: Ein Nebeneinander von Mietvertrag und dinglichem Wohnrecht ist unter den vom RG entwickelten Prämissen zulässig. Ein solches Nebeneinander stellt jedoch einen Ausnahmefall dar. Denn in aller Regel wird es dem Willen der Beteiligten entsprechen, in den Fällen, in denen sie zunächst einen Miet-

---

1) RGZ 54/233, 235; RG JW 1928/2569; RG HRR 1929/Nr. 602;

2) RG HRR 1929 Nr. 602;

3) BGH DNotZ 1964/613; BGH WM 1965/649, 651;

4) BGH NJW 1974/2123; ähnlich: OLG Hamburg ZMR 1983/60 f;

5) So schon: BGH NJW 1963/1247;

6) BGH BB 1968/767;

vertrag geschlossen haben und erst danach das Wohnrecht begründen, den Verpflichtungsvertrag (causa) an die Stelle des Mietvertrages treten zu lassen und diesen stillschweigend aufzuheben [1].
Nach Ansicht des BGH ist ein Nebeneinander von Mietrecht und dinglichem Wohnrecht daher praktisch nicht anzutreffen.

cc) Untersuchung der Argumentation des BGH.

Die auf Roquette zurückgehende Meinung und die Ansicht des BGH scheinen letztendlich zum selben Ergebnis zu gelangen. Nach beiden Theorien kommt ein Nebeneinander von Mietrecht und Wohnrecht (in aller Regel [2]) nicht in Betracht.
Mit seinem Ansatz, es entspreche dem Willen der Beteiligten, den Mietvertrag stillschweigend aufzuheben, entzieht der BGH den Überlegungen Roquettes die Grundlage. Der Streit, ob ein Nebeneinander zulässig oder unzulässig ist, hat allenfalls noch akademische Bedeutung, wenn es dem Parteiwillen entspricht, ein solches Nebeneinander nicht entstehen zu lassen.

Aus diesem Grund ist zunächst zu untersuchen, ob die Ansicht des BGH insoweit zutrifft. Sofern das verneint werden muß, ist auf die Frage der Zulässigkeit des Nebeneinanders zurückzukommen.

(1) Die Sicherheit des Mietvertrages (§§ 571 ff BGB).

In dem vom BGH im Jahre 1968 entschiedenen Fall [3] wurde zunächst ein Mietvertrag abgeschlossen, und es kam erst später zu einer Bestellung des dinglichen Wohnrechts. Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen Mietvertrag und dingliches Recht gleichzeitig begründet werden. Der Sinn

---

1) BGH BB 1968/767;
2) BGH BB 1968/767;
3) BGH ebenda;

einer solchen gleichzeitigen Begründung von Schuld- und Sachenrecht ergibt sich aus folgender Überlegung:

Der Belastete wird das Wohnrecht kaum unentgeltlich bestellen [1]. Da die Entgeltlichkeit aber nicht dinglicher Inhalt des Wohnrechts sein kann [2], kommt eine einmalige Zahlung [3] oder, was häufiger der Fall sein wird, eine Ratenzahlung für die Bestellung des Rechts aufgrund einer schuldrechtlichen Vereinbarung in Betracht.
Gerade diese schuldrechtliche Nebenvereinbarung, in der sich der Berechtigte zur Zahlung verpflichtet, weist gegenüber der Mietzinspflicht einen großen Nachteil auf:

Die §§ 571 ff BGB finden keine Anwendung [4]. Der BGH [5] hat betont, die dem Wohnrecht zugrunde liegende causa, in der auch die Gegenleistungspflicht vereinbart wird, stelle kein Miet- oder Pachtverhältnis dar, sondern weise (möglicherweise) Elemente des Rechtskaufs auf.
Auch eine analoge Anwendung der §§ 571 ff BGB scheidet aus. Der in diesen Vorschriften enthaltene deutschrechtliche Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete" war bei der Abfassung des BGB heftig umstritten [6]. Er stellt eine Besonderheit des Miet- und Pachtvertrages im Bereich des Schuldrechts dar. Für eine analoge Anwendung der Sondervorschriften besteht hier auch kein Bedürfnis, denn die genannten Vorschriften bezwecken den Schutz des Mieters vor dem vorzeitigen Verlust der Mietsache [7]. Ein solcher Verlust kann hier aber nicht eintreten, weil der zur Zahlung verpflichtete Besit-

---

1) s.o. B II 2, b, aa.;

2) statt vieler:Palandt-Bassenge § 1018 Anm. 4 f;

3) s.o. B II 2, b, aa. (1);

4) RG LZ 1921/413; BGH WM 1965/649, 651; BGH BB 1968/767; Schopp ZMR 1971/233 f; ders.ZMR 1973/161 f;

5) BGH BB 1968/767; BGH NJW 1974/2123;

6) Mot II 380-386;

7) Prot II 137,38; RG LZ 1921/413;

zer Inhaber des Wohnrechtes ist [1] und bleibt, das ihn zum Besitz berechtigt (§§ 1093 I 2, 1036 I BGB). Auch die §§ 57, 57a ZVG und §§ 19 ff KO finden auf die causa keine Anwendung [2].

Solange beide Seiten ihre Vertragspflichten erfüllen (können), macht es keinen Unterschied, ob der Schuldvertrag mietrechtlichen Charakter hat oder nicht. Fällt jedoch ein Vertragspartner in Konkurs oder kommt es zur Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks oder veräußert der belastete Eigentümer abredewidrig sein Grundstück, so treten Probleme auf. Da Schuldverträge nur inter partes wirken, ist der Erwerber an Abreden, die nicht mietrechtlicher Art sind, nicht gebunden; auf der anderen Seite kann er aber auch keine Rechte aus dem Schuldvertrag geltend machen. Um solche unbilligen Ergebnisse zu vermeiden, bedarf es entweder einer entsprechenden Abtretungsvereinbarung [3] oder eines Vertrages zugunsten des jeweiligen Eigentümers [4]. Auch sind häufig, vor allem bei Formularverträgen, vertragliche Nebenpflichten, die nicht Inhalt eines Wohnrechts sein können, umfassend normiert, deren Wegfall in einer der zuvor geschilderten Fallkonstellationen die Rechtsposition des Betroffenen schwer belasten kann [5].

(2) Das nachrangige Wohnrecht.

Es sind auch Konstellationen denkbar, in denen das Mietrecht eine größere Sicherheit bietet als das Wohnrecht. Dies ist bei einem nachrangigen Wohnrecht der Fall. Fällt

---

1) BGH BB 1968/767;

2) Zeller, § 57 Rz 3, Nr. 11 f;

3) Haegele, Rz 562 c;

4) Dammertz MittRheinNotK 1970/69,79;

5) Schopp, ZMR 1971/233 f;

dieses in der Zwangsversteigerung weg (§§ 44, 52 ZVG), so bleibt der zusätzliche Mietvertrag zunächst bestehen und der Besitz erhalten (§§ 57, 57a ZVG) [1]. Wird der Besitz aber (zusätzlich) aus einem "einfachen" Schuldvertrag abgeleitet, so finden die Vorschriften der §§ 57, 57a ZVG keine Anwendung [2].

(3) Mietrechtsunabhängige Vorteile des schuldrechtlichen Nutzungsvertrages.

Die bisher dargestellten Gründe für ein Nebeneinander von Mietvertrag und dinglichem Wohnrecht ergaben sich ausschließlich aus der "Verdinglichung" des Mietvertrages. Aber auch unabhängig von den Sondervorschriften der §§ 571 ff BGB, § 57 ZVG hat ein zusätzlich neben dem Wohnrecht bestehender Mietvertrag einen Sinn. Wie bereits erwähnt [3], stehen bei einem entgeltlichen Wohnrecht [4] die Leistungen der Vertragspartner, nämlich die Zahlungspflicht für die Bestellung des Wohnrechtes und das Wohnenlassen, nicht in einem synallagmatischen Verhältnis. Die §§ 323 ff BGB sind insoweit nicht anwendbar. Gleiches gilt für die Vorschrift des § 320 BGB. Die Parteien können nur das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB geltend machen. Auch ist der Berechtigte mit dem Risiko der ordnungsgemäßen Abwicklung des Rechtsverhältnisses belastet, wenn nicht, was jedoch gemäß §§ 1093 I 1, 1090 II, 1021 I 1 BGB möglich ist, dem Eigentümer eine Unterhaltungspflicht auferlegt wurde. Wird das Gebäude durch ein Verschulden Dritter zeitweise [5] unbewohnbar, so muß der Berechtigte gleichwohl die Rate für die Bestellung des Rechtes bezahlen, weil dieses fortbe-

---

1) siehe dazu: B, III, 2, c, ee;

2) s.o. S.59, Fn. 2;

3) s.o. B II, 2, b, a a, (1);

4) Entgeltlichkeit ist so zu verstehen, daß der Berechtigte sich im Verpflichtungsvertrag zur Zahlung verpflichtet.

5) Wird das Gebäude völlig zerstört, so ist streitig, welche Folgen in Bezug auf das Wohnrecht eintreten. Während der BGH (BGHZ 7/268/273f; 8/58/61ff; BGH LM Nr. 6 zu 1093;) ein Erlöschen annimmt, tritt nach Ansicht eines Teils der Literatur (Palandt-Bassenge § 1093 Anm. 3d; Dammertz a.a.O., S. 103 ff) und des OLG Frankfurt (SJZ 1948/385 ff) lediglich ein Ruhen ein.

steht und kann mangels einer Vereinbarung von dem Eigentümer auch nicht die Wiederherstellung der Bewohnbarkeit verlangen [1]. Bei einem zusätzlichen Mietvertrag [2] wäre der Berechtigte von der Mietzinspflicht teilweise frei geworden und hätte die Beseitigung des Mangels verlangen können.

dd) Die Untersuchung des Theorienstreites. (Die Zulässigkeit des Nebeneinanders von Mietvertrag und dinglichem Wohnrecht.)

Es erscheint nun, da deutlich wurde, daß ein Nebeneinander von Mietvertrag und dinglichem Wohnrecht durchaus sinnvoll sein kann, nötig, die Ansichten Roquettes und des BGH zu untersuchen.

(1) Die Ansicht Roquettes.

Wie bereits erwähnt, bildet Roquette bei der Begründung seiner Ansicht, nach der sich aus den gesetzlichen Vorschriften der Ausschluß eines obligatorischen Wohnrechts durch ein dingliches Wohnrecht ergeben soll, drei Fallgruppen.

(a) Im ersten Fall wird das dingliche Wohnrecht nach der Überlassung der Mietsache an den Mieter aufgrund des Mietvertrages bestellt. Dies soll zur Folge haben, daß der Mieter nach §§ 577, 571 BGB sein eigener Vermieter wird. Es tritt also eine Vereinigung von Schuld und Forderung im Rahmen

---

1) Der BGH (LM Nr. 2 zu 1093) vertritt sogar die Auffassung, der Eigentümer des Gebäudes sei bei dessen Zerstörung dem Berechtigten gegenüber aus der Dienstbarkeit nicht zum Wiederaufbau verpflichtet. So auch: Staudinger-Ring, § 1093 Rz 19; offen gelassen: BayObLGZ 1980, 176, 179;

2) Hierbei ist allerdings eine besondere Ausgestaltung des dinglichen Wohnrechts vonnöten. Dieses wird nicht ausgeübt (s.u. 8, III, 3, b).

des Mietverhältnisses ein. Diese Konfusion führt zum Erlöschen des Mietvertrages [1]. Allerdings ist das Erlöschen nicht endgültig; vielmehr lebt das frühere Mietverhältnis beim Wegfall des Wohnrechtes wieder auf [2].
Rechtsprechung und Lehre haben sich mit dieser Argumentation bislang noch nicht eingehend befaßt [3]. Sie erscheint jedoch angreifbar.
Das dingliche Wohnrecht berechtigt den Rechtsinhaber zum Besitz des Gebäudes (§§ 1093 I 2, 1036 I BGB).
Im Normalfall, also bei Verschiedenheit von Mieter, Eigentümer (=Vermieter) und Wohnungsberechtigtem, würde daher dem Mieter, sofern die Vorschriften der §§ 571 ff BGB nicht existierten, der vertragsmäßige Gebrauch mit der Bestellung des Wohnrechtes entzogen (§ 577, 1, 2. Halbs. BGB)[4]. Damit gehört das dingliche Wohnrecht zu den in § 577, 1 BGB erwähnten Belastungen [5].
Fraglich ist aber, ob im hier zu untersuchenden Fall alle Voraussetzungen dieser Vorschrift vorliegen. Denn § 577, 1 BGB betrifft seinem Wortlaut nach den Fall, in dem die dem Mieter überlassene Sache durch den Vermieter mit dem Rechte eines Dritten belastet wird. Nach dem Wortlaut der Vorschrift müssen also drei Personen beteiligt sein. Weiterhin ist fraglich, ob dem Mieter, der Inhaber des dinglichen Wohnrechts wird und daher Besitzer bleibt, der vertragsmäßige Gebrauch entzogen wird. Schließlich scheint § 577 BGB, als Schutzbestimmung gegen den vorzeitigen Verlust des Besitzes, den hier problematischen Sonderfall nicht regeln zu wollen und auch nicht analog anwendbar zu sein .

---

1) Roquette NJW 1957/525, 526f;

2) Roquette, a.a.O., S. 527; Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen 1958, S.305, 539 f; a.A. Streckewald DB 1961/1544 f;

3) Eine Ausnahme bildet der Beitrag von Streckewald DB 1961/1544 f;

4) Der Berechtigte kann von dem Mieter die Herausgabe der Sache verlangen.(§§ 1036, 1065, 985 BGB).

5) BGHZ 59/51, 53 f; Staudinger-Emmerich, § 577 Rz 4;

Das Argument, der Mieter könne nicht zugleich Dritter im Sinne des § 577, 1 BGB sein, erscheint, isoliert betrachtet, noch nicht geeignet, die Auffassung Roquettes zu widerlegen. Dazu ist der Begriff "Dritter" zu ungenau geworden. So ist z.B. nicht jede von den Vertragsparteien verschiedene Person Dritter im Sinne des § 123 II 1 BGB [1]. Insoweit ist der Begriff Dritter einschränkend ausgelegt worden. Bei § 577 BGB wäre eine extensive Auslegung vonnöten. Für eine solche besteht jedoch kein Bedürfnis. Die Vorschrift des § 577 BGB, ebenfalls eine Ausgestaltung des deutschrechtlichen Prinzips "Kauf bricht nicht Miete", nimmt im Schuldrecht eine Ausnahmestellung ein [2]. Sie dient dem Schutz des Besitzberechtigten [3]. Der Schutz des Mieters ist jedoch gegeben, wenn er Inhaber des Wohnrechts wird. Er bleibt dann im Besitz der Sache [4]. "Da der Mieter den Gebrauch behält, braucht er nicht vor seinem Entzug geschützt zu werden" [5]. Es besteht somit kein Anlaß, den Anwendungsbereich des § 577, 1 BGB durch extensive Auslegung oder gar eine Analogie auszuweiten.

Den Ausführungen Roquettes kann in diesem Punkt also nicht gefolgt werden.

(b) Möglicherweise kann das von Roquette beschriebene Ergebnis jedoch mit einer anderen Begründung aufrecht erhalten werden. Dazu sei zunächst die Argumentation Roquettes für den Fall [6] untersucht, in dem der Mietvertrag zwar vor der Bestellung

---

1) BGHZ 20/36, 39 ff; Palandt-Heinrichs § 123 Anm. 2 f.bb;

2) s.o. B, III, 2, c, cc, (1), S.58, Fn. 7;

3) Prot III 137/38;

4) RG LZ 1921/413; BGH BB 1968/767;

5) Streckewald DB 1961/1544 f;

6) Allerdings muß hier eine Einschränkung gemacht werden. Denn nur in der ersten Fallgruppe ist das Erlöschen des Mietvertrages die von Roquette gezogene Konsequenz. Hinsichtlich der hier untersuchten Fallgruppe führt Roquette aus: "Zwar besteht der Mietvertrag als solcher weiter, er äußert aber keine Rechtswirkungen. Der Mieter kann nach § 542 BGB den Vertrag fristlos kündigen" (Roquette NJW 1957/525, 527). Diese Einschränkung wird z.B. von Westermann, a.a.O., S. 615 f übersehen.

des Wohnrechts abgeschlossen war, die Mietsache dem Mieter jedoch noch nicht überlassen ist [1].
In einem Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter (Eigentümer), dem Mieter den Gebrauch zu gewähren (§ 535,1 BGB). Die Gebrauchsgewährungspflicht bedeutet, daß der Vermieter die Mietsache so bereitzustellen hat, daß der Mieter in der Lage ist, einen bestimmten Gebrauch davon zu machen [2]. Dazu gehört neben dem Überlassen und Belassen der Mietsache auch die Unterlassung eigener Störungen [3]. Roquette ist der Ansicht, der Eigentümer (Vermieter) verliere mit der Bestellung des Wohnrechtes die rechtliche Möglichkeit (sog. Überlassungsbefugnis), die Mietsache zu gewähren [4]. Die Sachgewährung werde ihm unmöglich. Dem ist zuzustimmen, wenn eine rechtliche Überlassungsbefugnis Voraussetzung für die Möglichkeit eines Gewährens im Sinne des § 535, 1 BGB ist und der Eigentümer des belasteten Grundstücks diese Befugnis nicht hat.

Zunächst soll die Überlassungsbefugnis näher untersucht werden. Eine solche steht in jedem Fall dem "unbelasteten" Eigentümer des zu vermietenden Grundstücks zu (§ 903 BGB). Auch der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechtes, etwa eines Nießbrauches oder eines dinglichen Wohnrechtes, ist zur Überlassung befugt (§§ 1059, 2; 1092 I 2 BGB). Schließlich kann eine Überlassungsbefugnis dadurch entstehen, daß ein Mieter, also ein schuldrechtlich Berechtigter, von einem sachenrechtlich Berechtigten (Eigentümer, Nießbraucher) die Erlaubnis zur Untervermietung erhält. Fraglich ist jedoch, wie es mit dem Vermieter (V) steht, der die Strandkörbe des erkrankten Eigentümers (E) ohne dessen Wissen an den gutgläubigen Mieter (M) vermietet [5]. Kann V, zumin-

---

1) Roquette NJW 1957/525, 527;
2) Palandt-Putzo, § 535 Anm. 2a, aa;
3) Palandt-Putzo, § 535 Anm. 2a, aa;
4) Roquette, a.a.O., 1957/525, 527;
5) Fall bei Medicus, a.a.O., Rz 715;

dest solange E nicht eingreift, den Mietvertrag erfüllen? Woher hat er die Berechtigung zur Gebrauchsgewährung (Überlassungsbefugnis)? Ist eine Berechtigung überhaupt erforderlich?

Die Berechtigung könnte sich hier aus dem (unrechtmäßigen) Besitz ergeben. Dieses Problem soll an dieser Stelle jedoch unerörtert bleiben. In jedem Fall zeigt die Vorschrift des § 541 BGB, daß eine Gewährung durch den Vermieter nicht dadurch ausgeschlossen ist, daß ein Dritter ein besseres auf die Sache bezogenes Recht [1] und damit eine bessere Berechtigung zur Gewährung hat. Das bloße Bestehen des Rechtes eines Dritten ist nämlich grundsätzlich unbeachtlich [2]. Erst wenn der Dritte das Recht geltend macht und hierdurch dem Mieter die Mietsache entzieht, liegt ein Rechtsmangel vor (§ 541 BGB). Solange also der Eigentümer der Strandkörbe diese nicht von dem Mieter herausverlangt, kann der Vermieter den Mietbesitz gewähren. Er ist zur Überlassung befugt.

Nun könnte im Sinne Roquettes argumentiert werden, der Wohnungsberechtigte, der auch Mieter ist, übe, sobald er die Wohnung tatsächlich besitze, sein dingliches Recht aus und entziehe damit dem Mieter, also sich selber, den vertragsmäßigen Gebrauch. In diesem Fall wird von dem besseren Recht, dem Wohnrecht, Gebrauch gemacht. Nach Roquette soll hier die Vorschrift des § 541 BGB eingreifen [3]. Dem steht jedoch der Wortlaut des § 541 BGB entgegen. Wie § 577 BGB setzt die Vorschrift die Beteiligung dreier Personen voraus. Außerdem muß eine Entziehung des vertragsmäßigen Gebrauchs

---

1) Staudinger-Emmerich, § 541 Rz 6;

2) Palandt-Putzo, § 541 Anm. 1a; Staudinger-Emmerich, § 541 Rz 1,2;

3) Obgleich die Sache dem Mieter hier noch nicht übergeben war, als der Rechtsmangel eintrat, bejaht die Rechtsprechung die Anwendbarkeit des § 541 BGB. Die Voraussetzungen der Vorschrift sollen auch dann vorliegen, wenn die Sache dem Mieter mit Rücksicht auf das Recht von Anfang an nicht überlassen wird (BGH NJW 1961/917).

vorliegen. Auch wenn § 541 BGB im Gegensatz zu § 577 BGB keine Ausnahmevorschrift ist, und damit ein Argument gegen eine dahingehende extensive Auslegung, daß Dritter auch der Mieter sein kann, entfällt, so erscheint eine erweiternde Auslegung unnötig. Denn die hier untersuchte Fallgestaltung wird durch die allgemeinen Unmöglichkeitsbestimmungen geregelt (§§ 323 ff BGB). Diese werden, wenn die Voraussetzungen der §§ 537 [1], 541 [2] BGB nicht vorliegen, nicht verdrängt.

Voraussetzung des § 325 BGB ist zunächst das Unmöglichwerden der Leistung, die der Schuldner zu erbringen hat. Diese Voraussetzung liegt vor.

Der Vermieter (Eigentümer) kann dem Mieter (Berechtigten) den Gebrauch der Mietsache nicht belassen, das heißt nicht gewähren, weil der Mieter Inhaber eines tatsächlich und rechtlich voll ausgeübten dinglichen Wohnrechts ist. Die Folge dieser Ausübung ist das berechtigte Innehaben des Besitzes. Wenn der Berechtigte den Besitz aber innehat, kann der Vermieter ihm diesen nicht belassen, denn Belassen ist nicht das bloße Unterlassen von Störungen. Ansonsten könnte jeder Dritte "Belassen" im Sinne des § 535 BGB. Vielmehr muß derjenige, der beläßt, in einer engeren Beziehung zu der Sache stehen als ein "quivis ex populo". Für ein Belassen ist eine potentielle Zugriffsmöglichkeit auf die Sache erforderlich [3]. Unter einer potentiellen Zugriffsmöglichkeit ist das Recht zu verstehen, von dem Mieter die Sache herausverlangen zu können, sofern die schuldrechtliche

---

1) Palandt-Putzo, § 537 Anm. 1, c, bb;

2) BGHZ 63/132 f, 137; Staudinger-Emmerich § 541 Rz 2;

3) Dies entspricht der von Roquette geforderten "rechtlichen Überlassungsbefugnis". Wie § 541 BGB zeigt, ist dieser Ausdruck jedoch unglücklich gewählt. Belassen ist aber nicht mit einem bloßen Unterlassen gleichzusetzen. Roquette ist somit insoweit zuzustimmen, als er eine besondere Beziehung des Vermieters zu der vermieteten Sache verlangt.

Verpflichtung zur Gebrauchsgewährung nicht bestünde. Eine solche Möglichkeit steht dem Eigentümer jedoch im Verhältnis zum Wohnungsberechtigten nicht zu. Sein Eigentum ist nämlich durch das dingliche Wohnrecht begrenzt. Er hat kein Recht zum Besitz. Dieses steht vielmehr dem Wohnungsberechtigten zu [1] (§§ 1093 I 2, 1036 I BGB).

Die Belassung des Besitzes ist dem Eigentümer damit unmöglich geworden. Er hat die Unmöglichkeit auch zu vertreten, denn er hat sich durch die Bestellung des Wohnrechts selber in diese Lage versetzt [2]. Dabei ist es gleichgültig, ob die Bestellung vor der Übergabe der Mietsache an den Mieter oder nachher stattfand. Der Mieter (der Berechtigte) kann die ihm nach § 325 I BGB zustehenden Rechte geltend machen. Er kann vom Vertrage zurücktreten [3]. Er wird von der Mietzinspflicht befreit [4]. Auch kann er die Einrede des nichterfüllten Vertrages erheben (§ 320 BGB). Zur Mietzahlung ist er dann nicht mehr verpflichtet [5]. Der Mietvertrag als solcher besteht jedoch zunächst fort.

(c) Bei der dritten von Roquette gebildeten Fallgruppe wird der Mietvertrag geschlossen, nachdem das dingliche Wohnrecht bestellt wurde. Hier soll der Vertrag wegen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit gemäß § 306 BGB nichtig sein [6]. Dem ist zuzustimmen [7]. Das Reichsgericht hat zwar entschie-

---

1) Deshalb hatte V im Strandkorbfall, solange E nicht eingriff, die potentielle Zugriffsmöglichkeit. Diese ergab sich aus dem früheren Besitz.

2) Roquette, a.a.O., S. 527;

3) War das Mietverhältnis allerdings schon in Vollzug gesetzt, kommt nur ein Kündigungsrecht in Frage (BGH WM 1972/625, 628; BGHZ 50/312, 314 f;).

4) Palandt-Heinrichs § 325 Anm. 2a;

5) Roquette, a.a.O., S. 527;

6) Roquette, a.a.O., S. 527 f;

7) so auch: Knöchlein BB 1961/589, 591; Streckewald DB 1961/1544; Schopp ZMR 1971/233 f;

den, das Mieten einer eigenen Sache sei möglich [1]. Gleichzeitig hat es jedoch betont, Gegenstand der Vermieterleistung sei "die Gebrauchsgewährung, die wegen ihrer tatsächlichen Natur auch dem Eigentümer an der eigenen Sache verschafft werden kann" [2]. Wird der Mietvertrag erst geschlossen, wenn der zukünftige Mieter die Mietsache schon aufgrund des dinglichen Wohnrechts besitzt, so kann die Gebrauchsgewährung in ihrer tatsächlichen Natur gerade nicht mehr verschafft werden [3]. Damit steht die Entscheidung des RG der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen.

(d) Roquettes Ansicht, wonach sich aus den gesetzlichen Vorschriften der Ausschluß eines obligatorischen Wohnrechts durch ein dingliches Wohnrecht ergeben soll, kann somit nur teilweise zugestimmt werden.
Richtig ist, daß in dem Fall, in dem der Mietvertrag erst nach der Bestellung des dinglichen Wohnrechts abgeschlossen wird, die Nichtigkeit des Vertrages aus § 306 BGB folgt. Wurde der Mietvertrag aber schon vor der Bestellung des dinglichen Rechtes geschlossen, so findet weder § 577 BGB noch § 541 BGB Anwendung, sondern § 325 BGB, wobei gleichgültig ist, ob der Mieter die Sache schon aufgrund des Mietvertrages in Besitz hatte oder nicht. Das bedeutet aber, daß der Mietvertrag nicht erlischt, sondern, ohne Rechtswirkungen zu äußern, [4] in jedem Fall bis zur Kündigung bzw. bis zum Rücktritt seitens des Mieters fortbesteht.

---

1) RG JW 1906/436 f; ihm folgend: RGRK -Ballhaus, § 306 Rz 8;

2) Auch Emmerich (Münchener Kommentar-Emmerich, § 275 Rz 16), der sogar den Kauf einer dem Käufer bereits gehörenden Sache für möglich hält, setzt voraus, daß eine Übergabe der Sache möglich sein muß. Der Eigentümer darf also noch nicht Besitzer sein.

3) Der Berechtigte ist schon im Besitz der Sache (§§ 1093 I, 1036 I BGB).

4) ähnlich: Roquette, a.a.O.,S.527;

Zusammenfassend kann damit festgestellt werden:

Das Nebeneinander eines vollständig vollzogenen Miet - vertrages und eines voll ausgeübten dinglichen Wohnrechts ist unmöglich.
Umgekehrt formuliert lautet das Ergebnis:
Ein Nebeneinander von Mietvertrag und dinglichem Wohn - recht ist möglich [1]; die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag werden allerdings suspendiert.

(2) Die Ansicht des Bundesgerichtshofes.

Bereits vorher wurde aufgezeigt, daß der Bundesgerichtshof ein Nebeneinander von Mietvertrag und dinglichem Wohnrecht als zulässig ansieht [2]. Fraglich ist aber, ob auch der Bundesgerichtshof als notwendige Folge des Nebeneinanders eine Suspendierung der Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag annimmt. Betrachtet man die Entschei - dungen des BGH [3] genauer, so fällt auf, daß das Schicksal eines neben einem dinglichen Wohnrecht bestehenden Mietvertrages nicht untersucht wurde. Der BGH hat das Vorliegen eines Ausnahmefalles, in dem ein Bedürfnis für ein Nebeneinander gegeben sein soll - fälschlicherweise [4] - stets verneint. Eine abweichende Stellungnahme des BGH zu dem hier zu untersuchenden Problem fehlt also.

Lediglich das Landgericht Düsseldorf [5] hat ausgeführt, es müsse dem Mieter, der zugleich Inhaber des dinglichen Wohnrechts ist, freistehen, aus welchem Rechtsverhältnis heraus er Ansprüche geltend machen will;auch scheint es die Erfüll-

---

1) Der Ansicht Roquettes ist dagegen für den Fall uneingeschränkt zu folgen, in dem der Mietvertrag erst nach der Bestellung des dinglichen Rechts geschlossen wird.

2) BGH BB 1968/767; BGH NJW 1974/2123;

3) BGH BB 1968/767; BGH NJW 1974/2123;

4) s.o. B, III, 2, c, cc;

5) LG Düsseldorf ZMR 1957/55 f;

barkeit des Mietvertrages anzunehmen.
Die Unrichtigkeit dieser Auffassung wurde eben gezeigt [1]!
Wenn der Mieter Berechtigter aus dem dinglichen Wohnrecht ist, sind Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag suspendiert. Der Mieter (Berechtigter) kann die Erfüllung des Mietvertrages zwar verlangen, diese ist dem Vermieter aber unmöglich. Verlangt der Vermieter (der Eigentümer) den Mietzins aus dem Mietvertrag, so kann der Mieter (der Berechtigte) einwenden, der andere habe seine Vertragspflicht, nämlich die Gebrauchsgewährung, nicht erfüllt (§§ 320, 325 BGB); er selber besitze (insofern unentgeltlich) aufgrund des Wohnrechtes.

Die hier vertretene Ansicht hat weiterhin folgende Kon - sequenz:

Der Mieter (der Berechtigte) kann aus § 325 I BGB keinen Schadenersatz verlangen, denn ein Schaden ist ihm nicht entstanden, wenn er aufgrund des dinglichen Wohnrechtes besitzt. Der Vermieter (Eigentümer) kann nicht den Mietzins verlangen, denn er ist nicht zur Gewährung der Mietsache imstande[2]. Soweit er das dingliche Wohnrecht unentgelt - lich bestellt hat und auch keine Gegenleistung für dessen Ausübung gezahlt werden soll[3], bleibt er ohne jede Ver - gütung. Nebenpflichten aus dem Mietvertrag, die nicht Inhalt des dinglichen Wohnrechts sind, bleiben allerdings bestehen und müssen erfüllt werden[4]; insoweit tritt eine Suspendierung nicht ein.

ee) Die Wirkungen des suspendierten Mietvertrages.

Da der Mietvertrag neben dem beschränkten dinglichen Recht fortbesteht, solange er nicht gekündigt wird, kann er auch über die gerade erwähnten Nebenpflichten hinaus, die nicht Inhalt des dinglichen Rechtes sind, Wir - kungen entfalten.

---

1) S.o. B III 2 c dd (1) (b) , S. 66, Fn. 3;
2) Palandt-Heinrichs § 325 Anm. 2 a;
3) S.u., S.90, Fn. 5;
4) Schopp, ZMR 1973/161;

Das ist z.B. der Fall, wenn das Wohnrecht später wegfällt. Als Erlöschensgründe kommen in Betracht: vertragliche Aufhebung, Tod des Berechtigten (§§ 1093 I 1, 1090 II, 1061, 1 BGB), das Erlöschen in der Zwangsversteigerung oder der Eintritt einer auflösenden Bedingung.

Erlischt das dingliche Recht durch vertragliche Vereinbarung (Aufhebung, § 875 BGB), so kann es durchaus in der Absicht der Vertragsparteien liegen, den Mietvertrag aufrecht zu erhalten. Zu denken ist etwa an den Fall, in dem die erste Rangstelle im Grundbuch, die bisher durch das Wohnrecht "besetzt" war, für einen Realkredit freigemacht werden muß und das Wohnrecht an einer derart "schlechten" Rangstelle wieder eingetragen werden könnte, daß es in der Vermögenskrise praktisch keine Sicherung mehr bietet. Da der Besitz des ehemals Berechtigten (des Mieters) nun nicht mehr aus § 1093 BGB hergeleitet wird, kommt die jetzt erfüllbare Verpflichtung aus § 535 BGB zur Gebrauchsgewährung wieder zum Tragen. Gleichzeitig entsteht die Mietzinspflicht[1)]. Da das dingliche Recht vorzeitig erlischt, wird der Berechtigte einen Teil der Summe, die er für dessen Bestellung gezahlt hat, zurückerhalten bzw. bei einer vereinbarten Ratenzahlung die Zahlungen einstellen können.
Nun mag der hier skizzierte Fall selten eintreten. Häufiger und wahrscheinlicher ist ein Erlöschen des dinglichen Rechtes aus den übrigen angesprochenen Gründen.

Beim Tod des Berechtigten (des Mieters) erlischt das dingliche Wohnrecht (§§ 1093 I 1, 1090 II, 1061 BGB). Der Mietvertrag hingegen wird durch die Erben (§§ 569, 1922 BGB) bzw. durch die Familienangehörigen fortgesetzt (§ 569 a BGB). Auch beim Eintritt einer auflösenden Bedingung bezüglich des Wohnrechtes lebt der Mietvertrag wieder auf.

---

1) Roquette, a.a.O., S. 527;

Fraglich ist jedoch, ob Gleiches auch beim Erlöschen des dinglichen Rechtes in der Zwangsversteigerung gilt, ob also der Mieter vom Ersteigerer [1] den Besitz aus dem Mietvertrag verlangen kann (§§ 57 ZVG i.V.m. § 571 I BGB).
Nach Roquette [2] soll dies nur dann der Fall sein, wenn das dingliche Wohnrecht erst bestellt wurde, nachdem der Mieter aufgrund des Mietvertrages die Sache in Besitz hatte. War der Mietvertrag dagegen zwar vor der Bestellung des dinglichen Rechtes geschlossen, der Mieter aber noch nicht im Besitze der Mietsache, so soll § 57 ZVG nicht anwendbar sein.

Dieser Differenzierung kann nicht zugestimmt werden [3].
Vielmehr ist es nötig, die Vorschrift des § 57 ZVG in beiden Fällen anzuwenden. Auszugehen ist dabei von dem abgeschlossenen Mietvertrag.
Läßt sich der Mieter zur besseren Absicherung seines Gebrauchsrechts neben dem schuldrechtlichen zusätzlich ein dingliches Wohnrecht an dem vermieteten Gegenstand bestellen, so darf der Schutz, den § 57 ZVG dem Mieter gewährt, dadurch nicht beschnitten werden. Die hier vertretene Ansicht ist auch mit dem Wortlaut des § 57 ZVG vereinbar. Danach ist es nicht erforderlich, daß das Grundstück dem Mieter in Erfüllung des Mietvertrages überlassen wird. Der Gesetzgeber von 1897 mag den hier problematisierten Fall nicht gesehen und daher möglicherweise eine Einengung des Wortlautes für unnötig gehalten haben. Eine restriktive Auslegung der Vorschrift erscheint jedoch unzulässig. Es kann keinen Unterschied machen, ob dem Mieter die Sache zunächst aufgrund des Mietvertrages überlassen, später jedoch durch die Wohnrechtsbestellung wieder "entzogen" wurde oder ob der Mieter den Besitz unmittelbar aufgrund des Wohnrechtes erwarb,

---

1) Auf jeden Fall kann der Ersteigerer kündigen (§57a ZVG).

2) Roquette a.a.O., S. 527; Zeller a.a.O., § 57 Anm. 11;

3) Roquette ist jedoch für den Fall zu folgen, in dem der Mietvertrag erst nach der Bestellung des Wohnrechtes geschlossen wird. Da der Mietvertrag nichtig ist (§ 306 BGB), kann er auch nicht beim Wegfall des Wohnrechtes wiederaufleben.

zuvor jedoch einen Mietvertrag über die Sache geschlossen hatte. Denn in beiden Fällen liegt ein - wenn auch in seinen Wirkungen suspendierter - Mietvertrag vor.
Wenn aber der Mieter, der die Sache aufgrund des dinglichen Wohnrechts erhalten hat, nicht in den Genuß des § 57 ZVG kommen soll, dann ist dies auch konsequent durchzuführen. Dann erscheint es nötig,"Überlassen" in § 57 ZVG mit "Gewähren" in § 535 BGB gleichzusetzen. Da Gewähren aber nicht nur die Überlassung, sondern auch die Belassung der vermieteten Sache ist, liegt, sofern zum Zeitpunkt der Zwangsversteigerung ein ausgeübtes dingliches Wohnrecht besteht, eine Überlassung an den Mieter nie vor. Dieses Ergebnis erscheint noch eher gerecht als die von Roquette vorgenommene künstliche Aufspaltung.

Aufgrund des bereits erwähnten Schutzbedürfnisses des Mieters ist es jedoch notwendig, die Anwendbarkeit des § 57 ZVG immer [1] dann zu bejahen, wenn

a) ein Mietvertrag zwischen Eigentümer und Besitzer besteht und

b) die Sache dem Mieter aufgrund eines Nutzungsrechtes - gleichgültig ob dinglichen oder obligatorischen Charakters - überlassen ist [2].

d) Zwischenergebnis: Der "suspendierte" Mietvertrag.

Solange ein voll wirksames und ausgeübtes dingliches Wohnrecht und ein Mietvertrag nebeneinander bestehen, werden die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag suspendiert, soweit sie mit denen aus dem dinglichen Wohnrecht übereinstimmen.

---

1) Weitnauer DB 1954/796, 799; LG München BBauBL/1954/273 f.

2) OLG München NJW 1954/961 f;

3) Die Ausgestaltung des Nebeneinanders.

a) Frage nach dem Sinn der Konstruktion des "suspendierten" Mietvertrages.

Fraglich erscheint, ob eine weitere Untersuchung des Nebeneinanders in der eben beschriebenen Ausgestaltung sinnvoll ist. Das ist dann der Fall, wenn die Konstruktion des "suspendierten Mietvertrages" die Eigenschaften aufweist, die Voraussetzung für eine dingliche Sicherung schuldrechtlicher Verträge durch Dienstbarkeiten sind.

Durch die " Suspendierung " des Mietvertra - ges und sein Wiederaufleben beim Wegfall des Wohnrechtes, z.B. bei der Zwangsversteigerung, wird der Mietvertrag zum Sicherungsmittel. Damit treten die oben [1] erwähnten Kombinationsvorteile von Schuldvertrag und Dienstbarkeit nicht ein. Die Nachteile der beiden Rechtsinstitute, nämlich die mangelnde Flexibilität auf der einen und die ungenügende Sicherheit auf der anderen Seite, werden nicht kompensiert. Das gesamte [2] Rechtsverhältnis richtet sich vielmehr nach den für den " täglichen Gebrauch " unzureichenden Vorschriften des beschränkten dinglichen Rechtes. Die Sicherungswirkung des Schuldvertrages ist dagegen gering. Bei einem Schuldvertrag, dem die Verdinglichung der §§ 571 ff BGB, § 57 ZVG fehlt, entfällt sie sogar vollständig.

Für den hier untersuchten Sonderfall des durch ein Wohnrecht gesicherten Mietvertrages bestehen noch weitere Bedenken gegen den Sinn der Konstruktion. Die Gegenleistungspflicht für die Bestellung des dinglichen Wohnrechts ergibt sich aus dem Kausalverhältnis. Auf diesen Schuldvertrag finden aber die §§ 571 ff BGB keine Anwendung [3]. Veräußert

---

1) s.o. B, II, 3, 4;

2) Eine Ausnahme bilden hier die Vertragsvereinbarungen, die nicht Inhalt des dinglichen Rechtes sind.

3) BGH BB 1968/767;

der Eigentümer das belastete Grundstück, so können Rechte und Pflichten aus dem Schuldvertrag nur dann auf den Erwerber übergehen, wenn eine Abtretung vorliegt und der Wohnungsberechtigte hinsichtlich seiner Ansprüche gegen den Voreigentümer die Schuldübernahme genehmigt [1]. Es gelten nur die allgemeinen Vorschriften über den Rechts- oder Anspruchsübergang und die Schuldübernahme [2]. Der neue Eigentümer kann von dem Berechtigten also grundsätzlich nicht die Gegenleistung verlangen. Im Rahmen eines Mietvertrages griffe dagegen § 571 BGB ein.

Damit ist festgestellt, daß durch die Konstruktion des "suspendierten Mietvertrages" eine Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche durch Dienstbarkeiten nicht erreicht werden kann.

b) Der Lösungsvorschlag von Schopp [3].

Die zuletzt dargestellten Überlegungen haben Schopp veranlaßt, eine andere Ausgestaltung des Nebeneinanders von Mietvertrag und Dienstbarkeiten [4] vorzunehmen. Auch er geht von der These aus, daß ein voll wirksamer Mietvertrag nicht neben einem voll wirksamen Wohnrecht bestehen kann. Anstatt aber die Wirksamkeit des Mietvertrages zu beschränken, setzt er bei dem dinglichen Recht an. Dieses soll erst dann seine volle Wirkung entfalten, wenn ein Sicherungsbedürfnis eintritt, das heißt, wenn der Mietvertrag wegfällt oder die sich aus ihm ergebenden Rechte nicht (mehr) durchgesetzt werden können. Die Dienstbarkeit soll zwar sofort bestellt und uneingeschränkt eingetragen werden, die Ausübung des Rechtes (der Dienstbarkeit) soll aber in vollem Umfang von Anfang

---

1) Schopp ZMR 1971/233 f;

2) BGH MDR 1967/1002;

3) Schopp ZMR 1971/233, 234 f; ders. ZMR 1973/161 f; ähnlich: Knöchlein BB 1961/589, 591 f;

4) Freilich stellt Schopp seine Überlegungen im Rahmen der Grunddienstbarkeit an. Da jedoch bei seinen Überlegungen der subjektiv-dingliche Charakter dieses Rechtes keine Beachtung findet, gelten diese auch für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit und damit für das dingliche Wohnrecht.

an auf die Fälle beschränkt sein, in denen die Gebrauchsgewährungspflicht aufgrund des Mietverhältnisses "aus irgend einem Grund entfällt oder nicht voll durchgreift." [1]

Das bedeutet für das dingliche Wohnrecht:
Solange der Berechtigte (Mieter) sein dingliches Wohnrecht nicht ausübt, kann ihm der Eigentümer den Mietgebrauch aufgrund des Mietvertrages gewähren. Die Gegenleistungspflicht ergibt sich dann gleichfalls aus dem Mietvertrag.

aa) Die Vorteile der Konstruktion.

Nach Schopps Theorie ergänzen sich Mietvertrag und dingliches Wohnrecht, indem die Nachteile des einen Rechts - instituts durch die Vorteile des anderen kompensiert werden. Das " dynamische " Schuldrecht mit seinem hohen Grad an Flexibilität regelt die Rechtsprobleme des " täglichen Leben ". Die Nutzungsgewährung auf der einen und die Gegenleistung auf der anderen Seite stehen in einem synallagmatischen Verhältnis. Zusätzlich sind Mieter - hinsichtlich seines Anspruchs auf Gewährung der Mietsache-und Vermieter-bezüglich seiner Miet - zinsforderung-durch die Vorschriften der §§ 571 ff BGB geschützt. Das schwerfällige dingliche Wohnrecht, bei dem der Eigentümer nur durch ein Vorgehen gegen den Bestand des Rechtes den Vorschriften des Synallagmas Geltung verschaffen kann, bleibt im Hintergrund. Es ist jedoch vorhanden und gewährt dem Mieter (dem Berechtigten) beim Eintritt des Sicherungsbedürfnisses den Besitz.

bb) Die Zulässigkeit der Konstruktion.

Gegen die Zulässigkeit dieser Konstruktion bestehen jedoch Bedenken. Möglicherweise verstößt sie gegen Grundsätze des Sachenrechtes.

Soweit ersichtlich, wurde Schopps Theorie bislang weder von der Rechtslehre noch von der Rechtssprechung beachtet.

---

1) Schopp ZMR 1971/233 ff;

Eine Ausnahme bildet nur der Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Erman [1]. Allerdings wurde die Kommentierung der hier einschlägigen Vorschrift von Schopp selber vorgenommen. Noch nicht einmal Schopp hat versucht, seine Theorie auf andere Sachverhaltsgestaltungen auszuweiten, sondern vertritt sie, auch in der neuesten Auflage des erwähnten Kommentars, nur im Rahmen der sog. Tankstellendienstbarkeit [2]. Es erscheint somit erforderlich, die Konstruktion genauer zu untersuchen. Die Tatsache, daß sie im Rahmen der Grunddienstbarkeit herausgearbeitet wurde, ist bedeutungslos, denn es bestehen keine hier zu beachtenden Unterschiede zwischen Grunddienstbarkeit und dinglichem Wohnrecht [3].
Zunächst soll auf das Problem der "Ausübungsbeschränkung der Dienstbarkeit" eingegangen werden.

(1) Die Nichtausübung als tatsächlicher Nichtgebrauch [4].

Die Nichtausübung des dinglichen Wohnrechts könnte in einem tatsächlichen Nichtgebrauch liegen. An einem Beispiel verdeutlicht, stellt sich das wie folgt dar:

E hat dem M ein dingliches Wohnrecht an seinem Haus bestellt. M übt dieses Recht jedoch (tatsächlich) nicht aus. Er nutzt die Wohnung nicht, er zieht nicht ein. M ist zu dieser (tatsächlichen) Nichtbenutzung durchaus berechtigt [5]. In der zeitweiligen Nichtausübung des Wohnrechts ist ein Rechtsverzicht nicht zu sehen. Das Wohnrecht bleibt also bestehen [6]. M kann die Wohnung beziehen, d.h. sie benutzen, wann immer es ihm gefällt.

---

1) Erman-Schopp, Vor § 535 Rz 28;

2) einerseits:Erman-Schopp, Vor § 535 Rz 17 f, andererseits:Erman-Schopp, a.a.O. Rz 28;

3) Dammertz, MittRheinNotK 1970/69, 86 Fn. 2;

4) BGH NJW 1981/343 f;

5) RGZ 169/180, 185; BGH NJW 1981/343 f; Münchener Kommentar-Falckenberg § 1018 Rz 7 und § 1020 Rz 2;

6) Bei der Grunddienstbarkeit ergibt sich das aus § 1028 I BGB.

Fraglich ist, ob dieser tatsächliche Nichtgebrauch die Nichtausübung der Dienstbarkeit sein kann, die Schopp vorgeschlagen hat. Das Problem sei an einem zweiten Beispielsfall verdeutlicht:

E ist Eigentümer eines Buches. Er hat das Buch nicht in Besitz und übt insofern sein Eigentum (in tatsächlicher Hinsicht) nicht aus. V nimmt das Buch mit Wissen des E an sich. Dann vermietet er es zu einem Mietpreis von 1,-- DM/Tag an E und übergibt es ihm [1].

E und V konnten einen Mietvertrag hinsichtlich des Buches schließen [2]. Fraglich ist aber, ob V seine Vertragspflichten erfüllen kann. Kann er E die Sache gewähren (§ 535, 1 BGB)? Da E, zumindest bis zum Erhalt des Buches, keinen unmittelbaren Besitz an diesem hatte, konnte V ihm das Buch zunächst überlassen. Im Augenblick der Besitzerlangung durch E treten jedoch Probleme auf. Denn die Gebrauchsgewährungspflicht des V erschöpft sich nicht in der Übergabe (der Überlassung) des Buches. V ist außerdem zur Belassung verpflichtet [3], solange das Dauerschuldverhältnis der Miete besteht. Zu diesem Belassen ist V aber nicht in der Lage. Unter einem Belassen ist nämlich nicht das bloße Unterlassen von Störungen oder der Sachentziehung zu verstehen. Denn sonst wäre jedem außenstehenden Dritten möglich, dem Mieter die Mietsache im Sinne des § 535, 1 BGB zu belassen und dafür den Mietzins zu verlangen oder aus § 812 I BGB gegen ihn vorzugehen. Vielmehr muß V zu der vermieteten Sache in einem engeren Verhältnis stehen als ein "quivis ex populo" [4]. Denn nur durch dieses Näheverhältnis ist die bloße Unterlassung von Störungen von der Belassung der Sache abzugrenzen. Von der Übergabe des Buches an hat E wieder den Sach-

---

1) Die wirtschaftliche Unsinnigkeit dieses Verhaltens bleibt außer Betracht.

2) RG JW 1906/436 f;

3) Palandt-Putzo § 535 Anm. 2, a, aa;

4) s.o. B, III, 2, c, dd, (1), (b);

besitz, das heißt, er übt die tatsächliche Sachgewalt aus. Der tatsächliche Nichtbesitz war jedoch Voraussetzung dafür, daß V dem E den Besitz überlassen konnte. Es kann nicht in der Art und Weise differenziert werden, daß E den Besitz (tatsächlich) durch V vermittelt ausübt, ihn jedoch nicht (tatsächlich) aus dem Eigentum abgeleitet ausübt. Eine tatsächliche Ausübung liegt in jedem Fall vor. Hier geht es nicht um die Einschränkung des Rechtes zur Ausübung, sondern um eine Beschränkung der tatsächlichen Ausübung. Sofern also das Eigentum als solches nicht beschränkt wird, besitzt E, wenn er besitzt, immer aufgrund des Eigentumsrechtes. Dadurch wird V die Möglichkeit der Sachgewährung entzogen, und er wird zu einem außenstehenden Dritten.

Dieses Ergebnis kann auf den zunächst gebildeten Beispielsfall übertragen werden. Wird ein dingliches Wohnrecht in tatsächlicher Hinsicht nicht ausgeübt, so ist der Eigentümer in der Lage, dem Berechtigten die Sache zu vermieten und zu überlassen. Der Berechtigte macht sein Recht in diesem Fall nicht geltend [1]. Der Eigentümer ist daher zur Überlassung berechtigt und in der Lage. Mit der Besitzerlangung durch den Berechtigten wird das Wohnrecht tatsächlich ausgeübt. Die Möglichkeit des Eigentümers (des Vermieters) zur Belassung entfällt; er wird zu einem "quivis ex populo", der die Sache nicht gewähren kann (§ 535, 1 BGB) [2]. Damit steht fest, daß eine tatsächliche Nichtausübung der Dienstbarkeit bzw. des dinglichen Wohnrechts nicht die von Schopp angesprochene Nichtausübung des Rechtes sein kann. Solange nicht das Recht zum Besitz eingeschränkt wird, kann auch nicht auf die tatsächliche Besitzausübung aus dem Recht verzichtet werden, wenn der Berechtigte den Besitz inne hat.

---

1) in diesem Sinn: Palandt-Putzo § 541 Anm. 1a;

2) s.o., S.66, Fn.3;

(2) Die Nichtausübung als Inhaltsbeschränkung.

Der Theorie Schopps kann daher nur dann gefolgt werden, wenn eine Beschränkung der Dienstbarkeit in der Art und Weise möglich ist, daß der Berechtigte aus dem dinglichen Recht dieses nicht ausüben kann. Auch das sei an einem Beispielsfall verdeutlicht:

E bestellt M ein dingliches Wohnrecht. Die sich aus diesem ergebenden Befugnisse übt M aber nicht aus, weil er dazu solange nicht berechtigt ist, wie E ihm den Besitz (den Mietgebrauch) aufgrund des Mietvertrages gewährt. Erst wenn die von E vermittelte Gebrauchsmöglichkeit aus dem Mietvertrag entfällt, darf M sein Wohnrecht ausüben.

In diesem Fall treten die Probleme hinsichtlich der tatsächlichen Ausübung des Rechtes nicht auf. Denn M entstehen aus dem dinglichen Recht zunächst keine durchsetzbaren Befugnisse.

Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Konstruktion ist die Möglichkeit,"eine sachenrechtliche Belastung in vollem Umfang zu bestellen und durch Einigung und Eintragung im Grundbuch voll zur Entstehung gelangen zu lassen, die Ausübung des Rechtes aber in vollem Umfang von vornherein auf die Fälle zu beschränken, in denen die Gebrauchsgewährungspflicht aufgrund des gleichzeitig oder später begründeten Mietverhältnisses aus irgendeinem Grund entfällt oder nicht voll durchgreift." [1]

Damit stellt sich die Frage, ob und inwieweit das dingliche Recht von seiner Ausübungsbefugnis getrennt werden kann. Dieses Problem hat schon in der Vergangenheit die Gerichte und die Rechtslehre beschäftigt. Es taucht bei der Untersuchung der Verknüpfung von Dienstbarkeiten mit einer Gegenleistungspflicht, also bei der entgeltlichen Dienstbarkeit [2], auf. Diese Verknüpfung versuchte man zu erreichen, indem man die Gegenleistung als Bedingung für den Bestand bzw. die Aus-

---

1) Schopp ZMR 1971/233, 235;
2) s.o.S.60, Fn.4;

übung des dinglichen Rechtes formulierte. Auf diese Erörterungen soll im folgenden zurückgegriffen werden. Denn wenn es zulässig ist, die Ausübung eines unbedingt bestellten dinglichen Rechtes durch die Erbringung einer Gegenleistung zu bedingen, muß es auch möglich sein, daß der Berechtigte, obwohl er die Sache von dem Vermieter (dem Eigentümer) vermittelt (§ 535, 1 BGB) im Besitz hat, das Wohnrecht, weil die Ausübungsbefugnis nicht besteht, nicht ausübt und damit den Besitz auch nicht vom diesem ableitet. Gewährt also das dingliche Recht kein Recht zum Besitz, so kann die tatsächliche Besitzausübung auch nicht auf dieses gestützt werden. Dadurch wird es aber dem Vermieter (Eigentümer) möglich, in Erfüllung des Mietvertrages den Gebrauch zu gewähren.

(a) Die Möglichkeit, die Ausübung einer Dienstbarkeit zu bedingen.

Die Möglichkeit, die Ausübung einer Dienstbarkeit zu bedingen, wird von der herrschenden Meinung bejaht [1]. Das OLG Karlsruhe [2] hat ausgeführt, zwar könne Inhalt einer Grunddienstbarkeit nur ein Dulden oder Unterlassen sein, die Ausübung der Grunddienstbarkeit könne jedoch durch die Erbringung einer Gegenleistung bedingt werden. Nach Dehner [3] steht nichts im Wege, den Inhalt der Dienstbarkeit so zu gestalten, daß der Berechtigte die einzelne Ausübungshandlung nur Zug um Zug gegen die bedungene Gegenleistung vornehmen darf. Diese Ansicht vertritt auch der BGH [4]; in einem obiter dictum hat er ausgeführt:
"Das folgt andererseits auch daraus, daß eine schuldrechtliche Vereinbarung über den Umfang des Nutzungsrechtes neben

---

1) BGH NJW 1970/1371, 1373; OLG Karlsruhe DNotZ 1968/432, 434; OLG Frankfurt Rpfleger 1974/430 f; Planck-Strecker, Vorb. v. § 1018 Anm. 3; Staudinger-Ring, § 1018 Rz 34; RGRK-Rothe, § 1018 Rz. 21; Palandt-Bassenge, § 1018 Anm. 4 f; Dehner, § 30 III 7, S. 641; Amann, DNotZ 1982/396, 405; Münchener-Kommentar-Westermann, 2. Aufl., § 158 Rz. 26;

2) OLG Karlsruhe, a.a.O., S. 434;

3) Dehner, S. 640 f;

4) BGH NJW 1970/1371, 1373;

der Grunddienstbarkeit nicht ausgeschlossen ist (...), auch die Ausübung der Grunddienstbarkeit durch gewisse Zahlungen inhaltlich beschränkt werden kann. Eine solche inhaltliche Beschränkung hat das Reichsgericht [1] ..... angenommen .....".

(b) Die Gegenansicht.

Diese Ansicht ist nicht unwidersprochen geblieben [2]. Ripfel [3] argumentiert, die Bedingung nur der Ausübung des Rechtes sei nichts anderes als die Bedingung des Rechtes selbst, denn dieses könne nicht von seinem Inhalt getrennt werden. Dies vertritt auch Falckenberg [4]. Zwar sei die Rechtsausübung nicht Inhalt eines Rechtes, sondern dessen Auswirkung, und bestimme sich nach dem Inhalt; dabei könne die Ausübung hinter dem Recht zurückbleiben. Werde die Ausübung jedoch - dinglich - beschränkt, so liege eine Herabsetzung der Rechtswirkung und damit eine Rechtsbeschränkung vor. Auch das Bayerische Oberste Landesgericht [5] hat für das dingliche Wohnrecht die Möglichkeit einer Bedingung der Ausübung verneint. Danach können Beginn und Ende dinglicher Rechte zwar von gewillkürten Bedingungen abhängig gemacht werden, dies hat aber nichts mit dem Inhalt des Rechtes, der Belastung, zu tun, sondern nur damit, ob eine Belastung fortbesteht.

Nach dieser Ansicht ist die Theorie Schopps nicht vertretbar. Denn diese setzt voraus, daß das dingliche Recht unbedingt zur Entstehung gelangt, die sich aus diesem ergebende Ausübungsbefugnis jedoch beschränkt ist, und das Recht somit auch tatsächlich nicht ausgeübt werden kann. Die eben

---

1) RGZ 79/375, 379 f;

2) zuletzt: Lange, MittRheinNotK 1982/241, 243;

3) Ripfel DNotZ 1968/404, 406; so auch: Dammertz, Mitt RheinNotK 1970/69, 88;

4) Münchener-Kommentar-Falckenberg, § 1018 Rz 7; auch: Münchener Kommentar-Joost, § 1093 Rz 15;

5) BayObLGZ 1964/1,3;

dargestellte Gegenansicht verneint aber die Möglichkeit einer Trennung der Ausübungsbefugnis von dem Recht. Ist das Recht entstanden, so liegt es stets im Belieben des Berechtigten, ob er es tatsächlich ausübt oder nicht. Stets folgt aus dem Recht die Ausübungsbefugnis.

(c) Untersuchung des Theorienstreits um die Zulässigkeit der Ausübungsbedingung.

Bei der Untersuchung der konträren Ansichten soll von den Gemeinsamkeiten der unterschiedlichen Theorien ausgegangen werden.
Allgemein bejaht wird die Möglichkeit, eine Dienstbarkeit in ihrem Bestand zu bedingen [1].
Dies ergibt der Umkehrschluß aus § 925 II BGB. Abgelehnt wird dagegen durchweg [2] ein Anspruch des Eigentümers (des Belasteten) aus der Dienstbarkeit gegen den Berechtigten auf die Gegenleistung. Denn dadurch würde das Wesen der Dienstbarkeit verändert. Der hier streitige Fall [3] der Bedingung der Ausübung des dinglichen Rechtes durch eine Gegenleistung bei unbedingt bestellter Dienstbarkeit liegt in der Mitte. Zwar wird die Dienstbarkeit unbedingt bestellt. Trotzdem muß der Berechtigte eine Leistung erbringen, wenn er in den Genuß des dinglichen Rechtes kommen will. Erst dann ist die Ausübungsbedingung eingetreten. Grundsätzliche Einigkeit [4] besteht aber noch insoweit, als die Bedingung

---

1) statt vieler: BayObLGZ 1964/1, 3; Palandt-Bassenge § 1018 Anm. 4f;

2) statt vieler: Dehner, § 30 III 7, S. 641;

3) Wie bereits erwähnt, folgt aus der Zulässigkeit einer Ausübungsbedingung auch die Zulässigkeit einer rechtlichen Ausübungsbeschränkung.

4) BGH NJW 1970/1371, 1373; OLG Karlsruhe DNotZ 1968/432, 434; Ripfel DNotZ 1968/404, 406; Münchener Kommentar-Falckenberg, § 1018 Rz 7; a.A. OLG Frankfurt Rpfleger 1974/430 f;

der Ausübung als Inhaltsbeschränkung des Rechtes angesehen wird. Es geht hier also nicht, wie Baur [1] und Ring [2] im Rahmen der Vorschrift des § 1020 BGB annehmen, um eine bloße Beschränkung der Art und Weise der Rechtsausübung. Zwar ist die tatsächliche Ausübung, wie gezeigt wurde [3], nicht Inhalt, sondern Auswirkung eines Rechtes und kann hinter diesem zurückbleiben. Hier geht es aber um die rechtliche Ausübung. Während der BGH und Teile der Literatur annehmen, die rechtliche Möglichkeit der Ausübung könne über eine Inhaltsschranke vom dinglichen Recht getrennt werden, hält die Gegenmeinung eine solche Trennung nicht für durchführbar und nimmt eine Beschränkung des Rechtes selber an. Das Bayerische Oberste Landesgericht sieht in der Trennungskonstruktion einen Verstoß gegen die Gebote des Typenzwanges und der Typenfixierung im Sachenrecht. Es führt aus, auf dem Gebiet des Sachenrechtes sei die Vertragsfreiheit grundsätzlich ausgeschlossen, denn durch das Gesetz werde der Inhalt der dinglichen Rechte zwingend vorgeschrieben. Für Rechte mit einem bedingten Inhalt sei daher kein Raum [4].

Zur Überprüfung dieses zuletzt genannten Arguments wird von der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 I BGB) ausgegangen. Diese kann in drei verschiedenen inhaltlichen Gestaltungsformen bestellt werden:

a) der Berechtigte darf das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen (§ 1090 I, 1. Alt. BGB, "pati"),
b) der Eigentümer des belasteten Grundstücks darf auf diesem bestimmte Handlungen nicht vornehmen (§ 1090 I, 2. Alt. 1.V.m. § 1018, 2. Alt. BGB, "non facere"),
c) der Eigentümer des belasteten Grundstücks darf gegenüber dem Berechtigten verschiedene Rechte nicht ausüben (§ 1090 I, 2. Alt. i.V.m. § 1018, 3. Alt. BGB).

---

1) Soergel-Baur, § 1020 Rz 1;
2) Staudinger-Ring, § 1020 Rz 2;
3) s.o. B, III, 3, b, bb, (1);
4) BayObLGZ 1964/1, 3;

Bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sind somit die verschiedensten Fallgestaltungen zulässig [1], solange der Rahmen der §§ 1090 I, 1018 BGB eingehalten wird [2]. Es ist daher auch möglich, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit folgenden Inhalts zu bestellen: B wird das Recht eingeräumt, auf der Wiese des E Fußball zu spielen. Dem Grundsatz der Typenfixierung ist damit Genüge getan (§ 1090 I,1.Alt. BGB). Wird zusätzlich - dinglich - vereinbart, daß die Befugnis, Fußball zu spielen, nur dann bestehen soll, wenn die Wiese trocken ist (der Rasen soll keinen Schaden nehmen), oder nur in der Zeit von 8 Uhr bis 18 Uhr bestehen soll (die Nachbarn sollen nicht gestört werden), so wird der Inhalt der Dienstbarkeit beschränkt[3] B darf nur spielen, wenn der Rasen trocken ist bzw. nur in der Zeit von 8 Uhr bis 18 Uhr. Die Dienstbarkeit kann somit nur unter den zuvor bezeichneten Bedingungen ausgeübt werden. Gleichwohl entspricht ihr Inhalt den Voraussetzungen des § 1090 I, 1. Alt. BGB. Es ist vereinbart, daß das Grundstück von B in gewisser Weise, nämlich zum Fußballspielen bei Trockenheit bzw. zwischen 8 Uhr und 18 Uhr benutzt werden darf. Die Bedingung "das Fußballspiel ist nur bei Trockenheit erlaubt" ist eine echte Bedingung i.S.d. § 158 I BGB, da die Rechtswirkungen des dinglichen Rechtes von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängen [4].An sich gewährt die Dienstbarkeit eine bestimmte, jederzeitige Nutzung des Grundstücks; diese Rechtswirkung ist hier aber von einem weiteren Erfordernis, der Trockenheit, abhängig gemacht. Es liegt insbesondere keine Rechtsbedingung vor, denn die Trockenheit stellt kein gesetzliches Wirksamkeitserfordernis der Fußballdienstbarkeit dar [5].
Damit steht fest, daß Dienstbarkeiten entgegen der Ansicht

---

1) Palandt-Bassenge,§ 1018 Anm. 4-7,9a,bb, § 1090 Anm.4;

2) Lange, MittRheinNotK 1982/241 f ;

3) ähnlich: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, Berlin 1979, Einl. B 26, B 32;

4) Palandt-Heinrichs,Einl. v. § 148 Anm. 1 a;

5) Münchener Kommentar - H.P. Westermann, 2.Aufl,§158 Rz.54;

des Bayerischen Obersten Landesgerichtes, einen " beding - ten " Inhalt haben können [1] und ein Verstoß gegen das Prinzip der Typenfixierung darin nicht zu sehen ist. Wenn aber die Trockenheit des Rasens eine zulässige Bedingung sein kann, dann muß es auch zulässig sein, zu bestimmen, daß B nur nach vorheriger Erbringung einer Gegenleistung Fußball spielen darf, und somit die Gegenleistung zur Be - dingung zu machen. Da Gegenstand einer Bedingung grundsätz- lich jedes zukünftige ungewisse Ereignis sein kann [2], ist eine Beziehung der Bedingung zur Sache selbst unnötig, zu- mal die Bedingung der Rechtsausübung bei der Dienstbarkeit nicht gegen das Prinzip der Typenfixierung verstößt.

Als Vertreter der Gegenansicht hat Ripfel [3] argumentiert, die Bedingung nur der Ausübung des Rechtes sei nichts anderes als die Bedingung des Rechtes selbst, denn dieses könne nicht von seinem Inhalt getrennt werden. Wenn also der Inhalt des Rechtes bedingt sei, so sei das Recht selber bedingt [4]. Es sind jedoch keine gesetzlichen Vorschriften ersichtlich, die den von Ripfel gezogenen Schluß zwingend erscheinen las- sen. Vielmehr muß es im Rahmen der "ausfüllungsbedürftigen" Dienstbarkeiten möglich sein, weitergehende Bestimmungen in Bezug auf die Ausgestaltung des dinglichen Rechtes zu tref- fen als beim Eigentum. Denn anders als das Eigentum kann der Inhalt der Dienstbarkeit vertraglich fixiert werden. Es muß daher zulässig sein, nicht nur die Dienstbarkeit bedingt ent- stehen zu lassen, sondern auch, sie eines Teiles ihrer Rechts- wirkungen durch eine Bedingung der Ausübung zu berauben.

---

1) Die Abgrenzung zwischen einer Bedingung und der Umschrei- bung des Inhalts mag, wie Liver (a.a.O.,Art 730 Rz.65) dargestellt hat, im Einzelfall schwierig sein. Allerdings kann der von ihm gebildete Beispielsfall, in dem eine Dienstbarkeit mit dem Inhalt bestellt wurde, daß Schweinestallungen mit einem Grenzabstand von 8 m gebaut werden dürfen, mit dem hier angesprochenen nicht ver - glichen werden. Das wäre nur der Fall,wenn lediglich ein Teil der Wiese von B zum Fußballspiel genutzt werden dürfte.

2) Palandt-Heinrichs,§ 158 Anm 4 f;

3) Ripfel DNotZ 1968/404,406;

4) Münchener Kommentar-Falckenberg,§ 1018 Rz.7; Dammertz, MittRheinNotK 1970/69,88;Lange,MittRheinNotK 1982/241,243;

Im Gegensatz zu Bedingungen, die den Bestand der Dienstbarkeit betreffen und die ins Grundbuch eingetragen werden müssen [1], reicht bei der Bedingung der Rechtsausübung eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung aus (§ 874 BGB), da diese Bedingung, wie erwähnt, zum Inhalt des Rechtes gehört[2].

Die Auffassung von Ripfel führt außerdem zu unpraktikablen Ergebnissen. Wird sie auf das oben dargestellte Fußballbeispiel angewandt, so besteht die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nur, wenn der Rasen trocken ist bzw. in der Zeit von 8 - 18 Uhr. Im übrigen besteht sie nicht, weil die Bedingungen nicht vorliegen. Es steht somit nie fest, ob das Grundstück gerade belastet ist oder nicht. Vielmehr kommt es zu einem dauernden Erlöschen und Wiederaufleben der Dienstbarkeit. Schließlich spricht auch die Vorschrift des § 1020 BGB gegen die Ansicht Ripfels. Sieht man die Beschränkung, "Fußballspielen nur bei Trockenheit" unabhängig von dem Beispielsfall als Bestimmung der schonenden Ausübung an (§ 1020 BGB), so liegt eine Beschränkung des Inhalts der Dienstbarkeit dahingehend vor, daß ein Fußballspielen bei Regen untersagt ist. Gleichwohl bestimmt § 1020 BGB nicht, daß die Dienstbarkeit insofern nicht besteht, also untergeht. Vielmehr darf sie nicht ausgeübt werden (§ 1020, 1 BGB), d.h. das Recht zur Ausübung besteht nicht, es liegt eine Inhaltsbeschränkung vor [3].

Damit kann als Zwischenergebnis festgestellt werden, daß eine unbedingt bestellte Dienstbarkeit in ihrer Ausübung bedingt sein kann.
Daraus wiederum folgt die Zulässigkeit der Konstruktion Schopps [4]: Ein dingliches Wohnrecht und ein Mietvertrag

---

1) OLG Köln, DNotZ 1963/48 f; OLG Düsseldorf OLGZ 1983/352 f;

2) Str.; so: OLG Karlsruhe, DNotZ 1968/432,434; Haegele, Grundbuchrecht, Rz. 486 a; Palandt-Bassenge, § 874 Anm. 3 a; a.A.: OLG Frankfurt, Rpfleger 1974/430 f;

3) Münchener Kommentar-Falckenberg, § 1020 Rz. 2;

4) Schopp ZMR 1971/233,235;

können nebeneinander bestehen [1]. Der Mietvertrag äußert aber nur dann Rechtswirkungen, wenn die Gebrauchsbefugnis aus dem dinglichen Recht nicht ausgeübt wird. Eine solche rechtliche Ausübungsbeschränkung kann auch im Rahmen eines unbedingt bestellten dinglichen Wohnrechts bestellt werden. Solange also der Mietvertrag vom Vermieter erfüllt werden kann, - und dies scheitert nicht daran, daß ein dingliches Wohnrecht besteht, - richten sich die Rechte und Pflichten von Mieter (Berechtigtem) und Vermieter (Eigentümer) nur nach diesem Vertrag. Erst wenn der Vermieter den Mietgebrauch nicht mehr gewähren kann, kann der Mieter, der Berechtigte, seinen Besitz aus dem dinglichen Wohnrecht ausüben. Der Mietvertrag wird dann "suspendiert".

cc) Erneute Überprüfung der Zulässigkeit der Konstruktion an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.

Die Zulässigkeit der Konstruktion Schopps soll noch ein - mal an der Rechtsprechung des BGH untersucht werden. Der BGH hat als Voraussetzung für ein zulässiges Nebeneinander von Mietvertrag und Wohnrecht folgende Kriterien genannt:

a) Die Befugnisse aus dem Wohnrecht dürfen sich nicht schlechthin nach dem von den Beteiligten geschlossenen Mietvertrag richten [2];

b) der wirkliche und ernsthafte Wille der Vertragschließenden muß außerhalb und unabhängig von einem Mietvertrag auf die Eintragung des dinglichen Rechtes gerichtet sein [3].

Die von Schopp entwickelte Konstruktion erfüllt die genannten Voraussetzungen. Es entspricht dem ernsthaften und wirklichen Willen der Vertragsparteien, ein unbedingtes dingliches Wohnrecht als selbständige Grundstücksbelastung außerhalb des Mietvertrages entstehen zu lassen, denn nur eine unmittelbare Grundstücksbelastung wird dem Sicherungsbedürfnis des Mieters gerecht.Auch richten

---

1) Der Mietvertrag kann in diesem Fall auch nachträglich abgeschlossen werden. Da der Eigentümer (Vermieter) hier zur Gebrauchsgewährung in der Lage ist, liegt keine ursprüngliche Unmöglichkeit vor (§ 306 BGB).

2) BGH DNotZ 1964/613; BGH BB 1968/767;

3) BGH NJW 1963/1247; BGH WM 1965/649,651; BGH BB 1968/767; BGH NJW 1974/2123;

sich die Befugnisse des Berechtigten aus dem Wohnrecht nicht schlechthin nach den Bestimmungen des Mietvertrages. Tritt der Sicherungsfall nämlich ein, so ergeben sich die Rechte des Mieters (des Berechtigten) ausschließlich aus dem dinglichen Recht. Schließlich ist die Tatsache unbe - achtlich,daß das dingliche Recht insoweit vom Mietvertrag abhängt,als es seine volle Wirksamkeit erst bei Störungen im Mietverhältnis entfaltet.Eine Bestellung des Wohnrechtes für die Dauer eines Mietverhältnisses,also eine Ver - knüpfung in der Form einer auflösenden Bedingung, wird vom BGH als zulässig angesehen [1].Wenn aber eine solche Bedingung möglich ist,muß es erst recht zulässig sein,die Ausübung des Wohnrechtes bei dessen unbedingter Bestellung durch den Mietvertrag aufschiebend zu bedingen, denn hier wird der Rechtsbestand nicht berührt.

4) Übertragbarkeit des Ergebnisses auf andere Rechtsverhältnisse.

Die vorstehenden Ausführungen haben die Zulässigkeit und die Zweckmäßigkeit des Nebeneinanders von Mietvertrag und dinglichem Wohnrecht verdeutlicht. Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit diese Überlegungen auf das Verhältnis von Dienstbarkeiten und solchen Schuldverträgen übertragbar sind, die nicht den Sondervorschriften der §§ 571 ff BGB unterfallen. Dabei ist zunächst festzustellen, daß das Argument, der mietrechtliche Schuldvertrag könne u.U. eine größere Sicherheit bieten als eine Dienstbarkeit, hier nicht greift. Die Sondervorschriften der §§ 571 ff BGB, § 57 ZVG sind nicht analog anwendbar [2]. Hieraus kann jedoch nicht gefolgert werden, daß für ein Nebeneinander von schuldrechtlichem und dinglichem Nutzungsrecht verwandten Inhalts kein Bedürfnis besteht, die Parteien vielmehr bei der Begründung der Dienstbarkeit den Verpflichtungsvertrag (die causa) an die Stelle des schuldrechtlichen Nutzungsvertrages treten lassen und diesen stillschweigend aufheben, was der BGH [3] im Rahmen des dinglichen Wohnrechts vertreten hat. Die Unrichtigkeit der Auffassung des BGH und die Zweckmäßigkeit des Nebeneinanders schuldrechtlicher und sachenrechtlicher

---

1)BGH NJW 1974/2123 f;
2)RG LZ 1921/413;BGH BB 1968/767;s.o.B III 2 c cc (1);
3)BGH BB 1968/767;

Nutzungsrechte wurde bereits dargestellt [1]. Dabei wurde festgestellt, daß auch unabhängig von den Besonderheiten der Verdinglichung des Mietvertrages ein Nebeneinander zweckmäßig ist [2]. Dies sei noch einmal kurz an einem Beispielsfall [3] verdeutlicht:

E bestellt dem B eine Grunddienstbarkeit mit dem Inhalt, daß B berechtigt ist, Kies, Sand und Elb auf dem Grundstück des E abzubauen und auf seinem Grundstück zu verarbeiten. B zahlt für die Bestellung des Rechtes 500.000,-- DM an E. Nach unerwartet kurzer Zeit sind die Bodenschätze erschöpft. Hier kann B die 500.000,-- DM nicht zurückverlangen. Da E aus der Dienstbarkeit nur zu einem Dulden oder Unterlassen verpflichtet ist, trägt B das Risiko der Nutzungsmöglichkeit. Auch stehen die tatsächlich auszutauschenden Leistungen, die Zahlung des Geldes für die Bestellung des Rechtes und die Duldung der Ausbeutung, nicht in einem synallagmatischen Verhältnis, so daß weder die §§ 323 ff BGB im Rahmen der Leistungsstörungen noch § 320 BGB unmittelbar eingreifen [4]. Bei einem Schuldvertrag hätte sich E verpflichten können, dem B eine bestimmte Kubikmeterzahl an Kies, Sand und Elb zur Verfügung zu stellen [5].

---

1) s.o. B, II, 2; B, III, 2, c, cc;

2) s.o. B, III, 2, c, cc, (3); B, II, 2;

3) Fall nach: BGH NJW 1974/2123; s.o. B, II, 2, b, aa, (1);

4) s.o. B, II, 2, b, aa, (1);

5) Zu einem ähnlichen Ergebnis käme man, wenn die Erbringung der Gegenleistung als Bedingung für die Ausübung der Dienstbarkeit vereinbart wird. Zwar kann der Eigentümer, wenn der Berechtigte die Sache nicht nutzt, weil er keinen Wert mehr auf die Nutzung legt, die Gegenleistung nicht verlangen. Die Vollziehung des Rechtsgeschäftes läge somit im Belieben des B. Dieser Nachteil kann jedoch dadurch vermieden werden, daß sich B schuldvertraglich zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet. Erbringt B diese nicht, so kann E aus dem Schuldvertrag gegen ihn vorgehen. Auch braucht E nicht die Nutzung zu gestatten. Verhält sich E vertragswidrig, d.h. er unterläßt die ihm verbotene Handlung nicht, so stehen B die Rechte aus dem dinglichen Recht zu. Außerdem steht ihm bezüglich seiner Leistung ein Zurückbehaltungsrecht (§273 BGB) zu.
Gleichwohl kann diese Konstruktion einen neben der Dienstbarkeit bestehenden Schuldvertrag nicht überflüssig machen. Die Nachteile der Dienstbarkeit, die Risikoverlagerung wie auch die Unanwendbarkeit der §§ 320 ff BGB, werden nicht beseitigt. Zudem erscheint diese Konstruktion umständlicher als die des vollzogenen Schuldvertrages, der neben der nicht ausgeübten Dienstbarkeit besteht.

In diesem Fall hätte er das Risiko der Ausbeutungsmöglichkeit getragen. Auch wären die §§ 320 ff BGB unmittelbar zur Anwendung gekommen.

Allerdings tritt auch hier, wenn wegen der größeren Sicherheit zusätzlich zum schuldrechtlichen Nutzungsrecht eine Dienstbarkeit als Sicherungsmittel bestellt wird, das von Roquette [1] beschriebene Problem auf: Der Eigentümer (Schuldner) kann den Schuldvertrag nicht (vollständig) erfüllen. In dem Schuldvertrag hat er sich verpflichtet, Kies, Sand und Elb dem B in einer bestimmten Menge zur Verfügung zu stellen. Das ist ihm aber nicht möglich, weil er insofern bereits durch die Grunddienstbarkeit in seinem Recht (§ 903 BGB) beschränkt ist.
Die Bodenschätze stehen dem Gläubiger schon aufgrund des dinglichen Rechtes zu. Damit fehlt dem Schuldner die "potentielle Zugriffsmöglichkeit", die als Abgrenzungskriterium der Vertragserfüllung von der bloßen Unterlassung von Störungen herangezogen wurde [2]. Die Folge davon ist, daß die Rechte und Pflichten aus dem Schuldvertrag suspendiert werden. Das Rechtsverhältnis richtet sich somit ausschließlich nach der Dienstbarkeit.

Diese nachteilige Folge kann, wie bereits gezeigt, durch eine Beschränkung der Rechtsausübungsbefugnis aus der Dienstbarkeit vermieden werden. Solange der Berechtigte (der Gläubiger) die Dienstbarkeit rechtlich und damit auch tatsächlich nicht ausüben kann, kann der Eigentümer (der Schuldner) den Schuldvertrag erfüllen, denn ihm steht die "potentielle Zugriffsmöglichkeit" (§ 903 BGB) zu [3]. Wird der Schuld-

---

1) s.o. B, III, 2, dd und ee;
2) s.o. B, III, 2, c, dd, (1), (b);
3) s.o. B, III, 3, b, bb, (2);

vertrag nicht mehr erfüllt, etwa weil dem Schuldner die Erfüllung durch die Veräußerung des Grundstücks an einen neuen Eigentümer (N) unmöglich geworden ist, kann der Gläubiger als Berechtigter aus der Dienstbarkeit diese ausüben. Der Gläubiger hat also ein sicheres Nutzungsrecht.

An dieser Stelle muß festgestellt werden, daß der Schuld - vertrag, den der vormalige Eigentümer (E) und der Berechtigte (B) geschlossen haben, im Verhältnis von B und N keinerlei Wirkungen zeitigt, und die Nachteile einer isolierten Dienstbarkeit zu Lasten des B voll durchschlagen. Diese Folge ist für B indessen günstiger als der völlige Verlust der Nutzung, der eintreten würde, wenn die"Sicherungsdienstbarkeit" nicht bestellt worden wäre.

Somit ist die im Rahmen des Mietvertrages und des dinglichen Wohnrechtes herausgefundene zulässige Konstruktion des Nebeneinanders von schuldrechtlichem und dinglichem Nutzungsrecht auch auf andere Schuldverträge und Dienstbarkeiten verwandten Inhalts übertragbar.

IV) Die Folgen der "Sicherungsdienstbarkeit".

1) Einleitung

Die vorstehenden Ausführungen haben verdeutlicht, daß Dienstbarkeiten potentiell zur Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche geeignete und zulässige Rechtsinstitute darstellen. Insbesondere Ansprüche auf fortgesetzte Nutzung [1)] einer unbeweglichen Sache können durch Dienstbarkeiten gesichert werden. Im Folgenden sollen einzelne Probleme untersucht werden, die bei der Bestellung einer "Sicherungsdienstbarkeit" auftreten können. Erst wenn diese Probleme einer zufriedenstellenden Lösung zugeführt werden können,

---

1) Zur Definition der Nutzung s.o. B, I, 1;

kann die "Sicherungsdienstbarkeit" auch als ein tatsächlich geeignetes dingliches Sicherungsmittel bezeichnet werden [1].

Die Folgen der "Sicherungsdienstbarkeit" sind selten Gegenstand eingehender Untersuchungen gewesen. Der Bundesgerichtshof [2], der ein Nebeneinander von schuldrechtlichem und dinglichem Nutzungsrecht verwandten Inhalts als zulässig bezeichnet, hat die Folgen dieses Nebeneinanders noch nicht untersucht [3]. Roquette [4] ist zwar auf das Nebeneinander näher eingegangen; seine Konstruktion des "suspendierten Schuldvertrages" wurde jedoch als unzweckmäßig [5] angesehen und ist nicht Grundlage der "Sicherungsdienstbarkeit" in der hier angenommenen Ausgestaltung. Lediglich Schopp [6] hat die Folgen dieses Sicherungsmittels behandelt, wobei er aber nur einige einzelne Problemfälle dargestellt hat.
Es erscheint somit nötig, bei der Behandlung der Folgen der "Sicherungsdienstbarkeit" auf Untersuchungen zurückzugreifen, die im Rahmen anderer dinglicher Sicherungsmittel vorgenommen wurden. Dabei soll geprüft werden, inwieweit Probleme, die bei diesen Rechten auftreten, auch bei der "Sicherungsdienstbarkeit" vorhanden sind, und ob herausgefundene Problemlösungen auf das hier untersuchte Sicherungsmittel übertragen werden können.

a) Die Hypothek.

Ein dingliches Sicherungsmittel, das gesetzlich umfassend geregelt ist und das auch von der Rechtsprechung und der Rechtslehre eingehend untersucht wurde, ist die Hypothek (§§ 1113 ff BGB). Ihre Gemeinsamkeiten mit der "Sicherungs-

---

1) s.o. B II;
2) BGH BB 1968/767; BGH NJW 1974/2123 f;
3) s.o. B, III, 2, c, dd, (2);
4) Roquette NJW 1957/525 ff; ders. BB 1967/1177 f;
5) s.o. B, III 3, a;
6) Schopp ZMR 1973/161 ff;

dienstbarkeit" sind allerdings gering. Die Hypothek dient der Sicherung einer bestimmten Geldsumme (§ 1113 I BGB), während die "Sicherungsdienstbarkeit" ein Nutzungsrecht [1] sichert. Im Gegensatz zur "Sicherungsdienstbarkeit" ist die Hypothek ein akzessorisches Sicherungsrecht, was bedeutet, daß ihr Entstehen und Fortbestand von der gesicherten Forderung abhängt [2].

b) Die Sicherungsgrundschuld.

Die Sicherungsgrundschuld sichert, ähnlich wie die Hypothek, eine bestimmte Geldforderung (§ 1191 I BGB). Die Sicherungsgrundschuld stimmt jedoch insoweit mit der "Sicherungsdienstbarkeit" überein, als bei beiden Rechten ein akzessorisches Verhältnis zwischen gesicherter Forderung und dinglichem Recht nicht besteht [3].
Aus diesem Grund erscheint es angebracht, bei der weiteren Untersuchung der "Sicherungsdienstbarkeit" eher auf die Grundsätze der Sicherungsgrundschuld als auf die der Hypothek zurückzugreifen.

2) Das Gesamtrechtsverhältnis bei der "Sicherungsdienstbarkeit."

Bei der Bestellung der "Sicherungsdienstbarkeit" sind mehrere Einzelrechtsverhältnisse zu unterscheiden [4]:

a) der zu sichernde Schuldvertrag (§ 305 BGB),

b) das dingliche Recht, also die uneingeschränkt und unbedingt bestellte, aber nicht ausgeübte Dienstbarkeit,

---

1) s.o. A;

2) Baur, a.a.O., § 44 I, S. 399 f;

3) Baur, a.a.O., § 44 I, S. 399;

4) Das Gesamtrechtsverhältnis entspricht dem der Sicherungsgrundschuld (Münchener Kommentar-Eickmann, § 1191 Rz. 13-41);

c) das der Bestellung der Dienstbarkeit zugrunde liegende Kausalverhältnis mit der Sicherungsabrede.

Gegenstand der folgenden Untersuchung ist das Verhältnis dieser Einzelrechtsverhältnisse zueinander.

3) Die Dienstbarkeit und der Sicherungsvertrag.

Ähnlich wie bei der Sicherungsgrundschuld [1] verpflichtet sich auch bei der "Sicherungsdienstbarkeit" der Sicherungsgeber (der Eigentümer) in einem Sicherungsvertrag, dem Sicherungsnehmer (dem Berechtigten) eine Dienstbarkeit zur Sicherung einer bestimmten Forderung zu bestellen. Der Sicherungsvertrag ist die causa des dinglichen Geschäfts. Durch die Bestellung der "Sicherungsdienstbarkeit" wird dem Berechtigten eine fiduziarische Rechtsstellung eingeräumt [2], weil er im Außenverhältnis einen Überschuß an Rechtsmacht erlangt [3]. Damit ergibt sich aus dem Sicherungsvertrag zwar eine interne Schranke - es wird bestimmt, wann der Berechtigte aus dem dinglichen Recht vorgehen darf [4] -, nicht aber eine äußere Schranke, die regelt, wann das Recht ausgeübt werden kann.
In dem Sicherungsvertrag wird bestimmt, daß der Berechtigte von der Dienstbarkeit solange keinen Gebrauch machen, das heißt sie solange nicht ausüben darf, wie der Eigentümer, der gleichzeitig Schuldner der gesicherten Forderung ist, seinen schuldrechtlichen Vertragspflichten nachkommt. Erst wenn der Schuldner den Vertrag nicht (mehr) erfüllt, darf der Sicherungsnehmer sein dingliches Recht ausüben.

a) Bestellung der Dienstbarkeit ohne wirksamen Sicherungsvertrag.

---

1) Münchener Kommentar-Eickmann, § 1191 Rz 13;
2) Münchener Kommentar-Eickmann, § 1191 Rz 12;
3) Medicus, a.a.O., Rz. 488;
4) BGH NJW 1979/717;

Wird die "Sicherungsdienstbarkeit" ohne wirksamen Sicherungsvertrag bestellt, so entsteht im Falle der Ordnungsmäßigkeit des dinglichen Bestellungsvorganges gleichwohl eine Dienstbarkeit. Das ist eine Folge des Abstraktionsprinzips. Der Berechtigte ist um das dingliche Recht jedoch ohne Rechtsgrund bereichert, so daß der Eigentümer einen Kondiktionsanspruch geltend machen kann (§ 812 I 1, 1. Fall BGB) [1].

b) Nachträglicher Wegfall des Sicherungsvertrages.

Es ist auch möglich, daß der Sicherungsvertrag zwar bei der Bestellung des dinglichen Rechtes existierte, später aber, etwa wegen Eintritts einer auflösenden Bedingung [2] oder wegen Anfechtung [3], wegfällt. Mit dem Wegfall des Sicherungsvertrages entfällt auch der rechtliche Grund für den Fortbestand der Dienstbarkeit. Daher steht dem Treugeber auch in diesem Fall ein Kondiktionsanspruch zu (§ 812 I 2, 1. Fall BGB) [4].
Die Rechtslage beim Fehlen des Sicherungsvertrages entspricht damit der der Sicherungsgrundschuld.

c) Der Inhalt des Herausgabeverlangens.

Fraglich ist, worauf sich das Herausgabeverlangen des Eigentümers aus § 812 I BGB richtet. Im Rahmen der Sicherungsgrundschuld kann der Eigentümer Rückübertragung (§§ 1154, 1192 I BGB), Verzicht (§§ 1168, 1169, 1192 I BGB) oder Aufhebung (§ 875 BGB) verlangen [5]. Wird die Grundschuld aufgehoben, so erlischt sie, und die Rangstelle wird frei. Bei

---

1) Palandt-Bassenge, § 1018 Anm. 9b;

2) Palandt-Thomas, § 812 Anm. 6, A, c, aa;

3) Palandt-Thomas, § 812 Anm. 6, A, c, aa, str.;

4) Str., zum Teil wird auch in diesem Fall § 812 I 1, 1. Fall BGB angewandt (Münchener Kommentar-Eickmann, § 1191 Rz 15);

5) OLG Saarbrücken, OLGZ 1967/102 f;

der Rückübertragung und beim Verzicht erwirbt der belastete Eigentümer das dingliche Recht als Eigentümergrundschuld [1]. Zu prüfen ist nun, ob ähnliches bei der "Sicherungsdienstbarkeit" gilt.

aa) Der Anspruch auf Aufhebung der Dienstbarkeit.

Die Vorschrift des § 875 BGB bestimmt, daß zur Aufhebung des Rechts an einem Grundstück grundsätzlich die Aufgabeerklärung des Berechtigten und die Löschung des Rechts im Grundbuch erforderlich ist. Als "allgemeine Vorschrift über die Rechte an Grundstücken" [2] findet § 875 BGB im Rahmen der Dienstbarkeiten Anwendung [3], zumal das Gesetz nicht anderes vorschreibt.
Der Eigentümer kann daher nach §§ 812 I, 875 I BGB die Aufhebung der Dienstbarkeit verlangen. Es bestehen insoweit keine Abweichungen von der Sicherungsgrundschuld.

bb) Der Anspruch auf Rückübertragung der Dienstbarkeit.

Es stellt sich die Frage, ob der Eigentümer die Rückübertragung der Dienstbarkeit aus § 812 I BGB verlangen kann. Bei den Personalservituten (dem Nießbrauch und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit) ergibt sich die Antwort eindeutig aus dem Gesetz [4]. § 1059, 1 BGB und § 1092 I 1 BGB bestimmen die Unübertragbarkeit dieser Dienstbarkeiten. Damit kommt auch ein Rückübertragungsanspruch des Eigentümers nicht in Betracht. Dieser kann jedoch möglicherweise von dem Berechtigten die Überlassung der Ausübung der Dienstbarkeit verlangen (§§ 1059, 2, 1092 I 2 BGB).

---

1) Gerhardt, Immobiliarsachenrecht, Grundeigentum und Grundpfandrechte, München, 1979, S. 107;

2) So die Überschrift des zweiten Abschnitts des 3. Buches des BGB, vor § 873 BGB.

3) Baur, a.a.O., § 33 III 2, S. 296;
Palandt-Bassenge, § 1090 Anm. 8; Münchener Kommentar-Petzoldt, Vor. § 1030 Rz. 31;

4) Auf die Besonderheiten der §§ 1059a - 1059 e, 1092 II BGB soll hier nicht eingegangen werden.

Auch bei einer Grunddienstbarkeit steht dem Eigentümer kein Rückübertragungsanspruch zu. Die Grunddienstbarkeit ist ein subjektiv-dingliches Recht [1]. Nach § 96 BGB ist sie Bestandteil des herrschenden Grundstücks und kann deshalb nur mit diesem zusammen übertragen werden [2]. Die Trennung der Grunddienstbarkeit vom herrschenden Grundstück stellt eine Inhaltsänderung des beschränkten dinglichen Rechts dar, die das Erlöschen des Rechts zur Folge hat [3]. Auf die Übertragung des herrschenden Grundstücks, die eine Übertragung der Grunddienstbarkeit bedeuten würde, hat der Eigentümer des belasteten Grundstücks dagegen keinen Anspruch. Er kann somit auch hier höchstens die schuldrechtliche Überlassung der Ausübungsbefugnis verlangen [4].

cc) Der Anspruch auf Verzicht.

Auch ein Anspruch auf Verzicht auf die Dienstbarkeit und damit die Entstehung einer Eigentümerdienstbarkeit analog §§ 1168 f BGB kommt nicht in Betracht.Das folgt jedoch nicht schon aus dem Fehlen einer positiv-rechtlichen Regelung hinsichtlich der Möglichkeit,die Dienstbarkeit als Eigentümerrecht zu bestellen oder - außerhalb des § 889 BGB - zu erwerben; die Zulässigkeit der ursprünglichen oder nachträglichen Eigentümerdienstbarkeit wird heute nämlich allgemein[5] bejaht. Vielmehr käme es bei der Anwendung der §§ 1168 f BGB zu einer Auswechselung des Berechtigten beim subjektiv-persönlichen Recht bzw. zu einer Trennung des subjektiv-dinglichen Rechts von dem herrschenden Grundstück, was unzulässig ist. Der Verzicht auf die Dienstbarkeit hat daher deren Erlöschen zur Folge (§ 875 I BGB).

d) Die Einreden des Eigentümers bei der Ausübung der Dienstbarkeit.

Fraglich ist, ob der um die Dienstbarkeit ungerechtfertigt Bereicherte aus dem dinglichen Recht gegen den Eigentümer vorgehen kann. Möglicherweise kann der Berechtigte die Nut -

---

1)OLG Hamm Rpfleger 1980/225;
2)Palandt-Bassenge, § 1018 Anm. 10;
3)KG OLGZ 34/193,194 ff;
4)OLG Hamm,a.a.O., S.226;
5)OLG Hamm Rpfleger 1973/137; Palandt-Bassenge, § 1018 Anm.3;

zung sogar dann aus der Dienstbarkeit verlangen, wenn der Eigentümer ihm diese Nutzung schuldrechtlich gewährt. Denn wenn der Sicherungsvertrag fehlt, existiert(meistens) auch keine Sicherungsabrede, so daß die interne Bindung des Treunehmers entfällt.
Der Eigentümer ist hier jedoch gegen die Inanspruchnahme aus dem dinglichen Recht geschützt. Da der Berechtigte um die Dienstbarkeit ungerechtfertigt bereichert ist, steht dem Eigentümer bei Geltendmachung des Rechtes die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung zu (§ 821 BGB) [1]. Dieser kann sich weigern, die "Nutzung" durch den Berechtigten aus der Dienstbarkeit zuzulassen. Auch hier liegen keine Abweichungen von der vergleichbaren Situation im Rahmen der Sicherungsgrundschuld vor [2].

4) Die Dienstbarkeit und die gesicherte Forderung.

Die im Verhältnis von Dienstbarkeit und Sicherungsvertrag auftretenden Probleme können, wie soeben gezeigt, zufriedenstellend gelöst werden.
Schwierigkeiten können sich aber auch im Verhältnis von Dienstbarkeit und gesicherter Forderung ergeben. So ist es z.B. möglich, daß das dingliche Recht ordnungsgemäß bestellt wurde und ein Sicherungsvertrag vorliegt, gleichzeitig aber die zu sichernde Forderung fehlt.

a) Das Fehlen der zu sichernden Forderung.

Diese Fallgestaltung tritt auch im Rahmen der Sicherungsgrundschuld auf [3]. Dort ist heftig umstritten, welche

---

1) Nach Fikentscher (a.a.O., § 101, III, 2, S. 615) folgt dieses Ergebnis nicht aus den Grundsätzen des Bereicherungsrechts, sondern aus § 242 BGB: Dolo facit qui petit quod statim redditurus est.

2) Baur, a.a.O., § 45 II, 1, S. 407; Palandt-Thomas, § 821 Anm. 1;

3) Münchener Kommentar-Eickmann, § 1191 Rz 16, m.w.N.;

Folgen insbesondere das ursprüngliche Fehlen der Forderung hat [1]. Eine Untersuchung der Geltung der einzelnen Theorien für den Bereich der "Sicherungsdienstbarkeit" erscheint jedoch aus mehreren Gründen unzweckmäßig. Zum einen sind die Theorien stark auf die Eigenarten der Sicherungsgrundschuld zugeschnitten, [2] was ihre Übertragbarkeit erschwert. Zum anderen ergibt sich die Lösung des Problems im Rahmen der "Sicherungsdienstbarkeit" eindeutig aus dem Sicherungsvertrag.

Auszugehen ist hierbei von der Vorschrift des § 1163 I 1 BGB. Diese kann auf die "Sicherungsdienstbarkeit" nicht analog angewandt werden, da sie die Akzessorietät des Sicherungsmittels voraussetzt [3]. Der Eigentümer kann bei Fehlen der Forderung [4] auch nicht aus § 812 I BGB gegen den Berechtigten mit der Begründung vorgehen, die causa sei nicht vorhanden. Denn causa der Dienstbarkeit ist nicht die zu sichernde Forderung, sondern der Sicherungsvertrag mit der Sicherungsabrede [5], in dem sich der Eigentümer zur Bestellung der Dienstbarkeit verpflichtet hat. Dieser Sicherungsvertrag regelt hier, wie erwähnt, auch das weitere Schicksal der Dienstbarkeit.

Für den Bereich der Sicherungsgrundschuld wird die Lösung des Problems über die Auslegung des Sicherungsvertrages freilich mit überzeugender Begründung abgelehnt [6]. Eine ergänzende Vertragsauslegung ist nur da zulässig, wo sich das Auslegungsergebnis aus der von den Parteien "im Vertrag gesetzten und gleichsam zu Ende gedachten Regelung" [7] her-

---

1) s. u. C, IV. 3, a, aa;

2) So wird zumeist der Fall des Nichtentstehens der Forderung wegen der Nichtvalutierung untersucht (Münchener Kommentar-Eickmann, § 1191 Rz 16), auf die es hier nicht ankommt.

3) Baur, a.a.O., § 45, II, 2, S. 408, für die Sicherungsgrundschuld;

4) Anders ist es, wenn sowohl die Forderung als auch der Sicherungsvertrag fehlen, s.o. D, IV, 3, a, b;

5) Weber, AcP 169 (1969) 237, 243;

6) Weber, a.a.O., S. 243; Jäckle JZ 1982/50, 54;

7) Jäckle, a.a.O., S. 64;

leiten läßt. Ein schrankenloser Rückgriff auf den Parteiwillen ist nicht zulässig. Bei der Sicherungsgrundschuld werden die Parteien den hier behandelten Störungsfall kaum in ihre Überlegungen mit einbezogen haben [1].

Anders ist die Sachlage bei der "Sicherungsdienstbarkeit" [2]. Wegen der vielen möglichen Ursachen, die dazu führen können, daß die Nutzung dem Berechtigten nicht (mehr) aufgrund des Schuldvertrages gewährt wird, sind eingehende vertragliche Abreden im Sicherungsvertrag vonnöten, aus denen sich ergibt, wann der Berechtigte das beschränkte dingliche Recht ausüben darf. Wäre lediglich vereinbart, daß der Berechtigte die Dienstbarkeit in jedem Fall der Nichtgewährung der schuldrechtlichen Nutzung ausüben dürfte, so könnte der Berechtigte durch sein eigenes Fehlverhalten den Eigentümer zur Kündigung des Schuldvertrages veranlassen, ohne die Nutzungsmöglichkeit einzubüßen [3]. Das ist unbillig. Vielmehr wird im Sicherungsvertrag festgelegt sein, daß die Ausübungsbefugnis hinsichtlich des dinglichen Rechtes nur in folgenden Fällen entsteht:

a) der Eigentümer des dienenden Grundstücks wechselt, sei es, daß der bisherige Eigentümer das Grundstück freiwillig veräußert, sei es, daß das Grundstück zwangsversteigert wird bzw. vom Konkursverwalter freihändig veräußert wird (§ 21 IV 1 KO). Hier wird der Schuldner (der bisherige Eigentümer) in aller Regel nicht in der Lage sein, den Schuldvertrag zu erfüllen;

---

1) = S. 100, Fn. 6;

2) Palandt-Bassenge (§ 1191 Anm. 3, d, bb) vertritt den hier gewählten Lösungsweg auch im Rahmen der Sicherungsgrundschuld.

3) Das wird von Schopp (ZMR 1973/161 ff) vertreten.

b) der Eigentümer erfüllt seine Pflichten aus dem Schuldvertrag nicht, ohne jedoch zu einer Leistungsverweigerung berechtigt zu sein. Dabei ist es gleichgültig, ob das Grundstück veräussert wird;

c) der Schuldvertrag erlischt, wobei der Grund für das Erlöschen dem Eigentümer zuzurechnen ist. Eine solche Zurechnung erfolgt zum Beispiel, wenn der Eigentümer (der Schuldner) durch sein vertragswidriges Verhalten den Rücktritt des Gläubigers verursacht hat.

Beim Vorliegen einer dieser Voraussetzungen darf das dingliche Recht ausgeübt werden.

In den übrigen Fällen, z.B. wenn der Eigentümer (der Schuldner) ein Zurückbehaltungsrecht (§ 320 BGB) geltend macht, weil der Berechtigte (der Gläubiger) seine Gegenleistung aus dem Schuldvertrag nicht erbracht hat, steht dem Berechtigten die Ausübungsbefugnis nicht zu. Das gleiche gilt, wenn der Schuldner (der Eigentümer) wegen eines vom Gläubiger (Berechtigten) verursachten Umstandes vom Schuldvertrag zurückgetreten ist. Da in diesem Fall die Ausübungsbefugnis des Berechtigten nicht mehr entstehen kann, ist der Eigentümer sogar berechtigt, die Beseitigung der Dienstbarkeit zu verlangen. Dies folgt aus dem den §§ 886, 1165, 1254 BGB zugrundeliegenden Rechtsgedanken, wonach für ein Recht, das von dem Berechtigten nicht ausgeübt werden kann, kein Bedürfnis besteht [1].

Aus dem Sicherungsvertrag ergibt sich daher der Wille der Vertragsparteien, daß die Dienstbarkeit nicht ausgeübt werden darf, wenn der Wegfall der schuldrechtlichen Gewährung vom

---

1) Palandt-Bassenge, § 1169 Anm. 2, für die Sicherungsgrundschuld;

Gläubiger (Berechtigten) verursacht ist.

Wegen dieser vielfältigen Abreden über das Verhältnis von Sicherungsrecht und gesicherter Forderung, die in jedem der Bestellung einer " Sicherungsdienstbarkeit " zugrun - deliegenden Sicherungsvertrag enthalten sind, kann auf den Parteiwillen der Vertragschließenden für den Fall der Nichtentstehung (bzw. des Wegfalls mit der Wirkung " ex tunc " im Wege der Anfechtung (§ 142 I BGB)) der Forderung geschlossen werden.

Nur in den unter a) bis c) dargestellten Ausnahmefällen ist die Ausübung des dinglichen Rechtes möglich, da die Nichtdurchsetzbarkeit des schuldrechtlichen Nutzungsanspruchs dort durch den Schuldner (den Eigentümer) verursacht wurde. Im übrigen ist ein Vorgehen aus dem dinglichen Recht nicht zulässig, auch wenn der schuldvertragliche Nutzungsanspruch nicht realisiert werden kann. Ist der Schuldner (der Eigentümer) wirksam vom Schuldvertrag zurückgetreten, so kann er sogar die Beseitigung der Dienstbarkeit verlangen.
Da auch beim Fehlen der Forderung nicht von einer durch den Eigentümer verursachten Nichtdurchsetzbarkeit des schuldrechtlichen Nutzungsanspruchs gesprochen werden kann, ist der Sicherungsvertrag, denkt man die in diesem gesetzten Regelungen gleichsam zu Ende [1], dahingehend auszulegen, daß dem Eigentümer beim Fehlen der Forderung ein Anspruch auf Abtretung der Dienstbarkeit zustehen soll [2].

Der Aufhebungsanspruch ergibt sich somit aus dem Sicherungsvertrag.

---

1) Jäckle JZ 1982/50,54;

2) Palandt-Bassenge, § 1191 Anm. 3 d bb;

b) Die Erbringung der Leistung.

Bei der Sicherungsgrundschuld kann die Frage auftreten, worauf die Leistung des Schuldners gerichtet ist [1]. Erfüllt er seine Schuld oder tilgt er das dingliche Recht?
Im Rahmen der "Sicherungsdienstbarkeit" stellt sich dieses Problem nicht. Da das dingliche Recht hier nicht ausgeübt wird und auch nicht ausgeübt werden darf, richtet sich die Abwicklung des Gesamtrechtsverhältnisses zunächst nur nach dem Schuldvertrag.
Hat der Schuldner seine sämtlichen Verpflichtungen aus dem Schuldvertrag erfüllt, erlischt dieser (§ 362 I BGB). Damit kann die Ausübungsbefugnis der Dienstbarkeit nicht mehr entstehen, und der Eigentümer hat einen Anspruch auf Aufhebung des Rechts analog §§ 886, 1169, 1254 BGB.

5) Die Übertragung von Dienstbarkeit und Forderung (Einredenerhaltung).

Im Gegensatz zur Hypothek sind bei der Sicherungsgrundschuld Forderung und Grundpfandrecht nicht untrennbar miteinander verknüpft. § 1153 BGB gilt für die Grundschuld nicht, da dieses Grundpfandrecht eine Forderung nicht voraussetzt (§ 1192 I BGB). Auch § 401 BGB findet keine Anwendung. Aus diesem Grund ist es möglich, "daß Forderung und Grundschuld verschiedene Wege gehen" [2].
Ähnliches gilt für den Bereich der "Sicherungsdienstbarkeit", bei der §§ 401, 1153 BGB ebenfalls nicht (analog) anwendbar sind.
Im Folgenden wird untersucht, welche Probleme bei einer gemeinsamen bzw. bei einer isolierten Übertragung von Dienstbarkeit und gesicherter Forderung auftreten können.

---

1) Baur, a.a.O., § 45 II, 4, S. 409;

2) Baur, a.a.O., § 45 III, S. 411;

a) Die gemeinsame Übertragung.

Dienstbarkeit und gesicherte Forderung können gemeinsam übertragen werden. Eine Übertragung des dinglichen Rechtes ist allerdings nur bei der Praedialservitut Grunddienstbarkeit möglich und auch dort ist sie nur durch die Übertragung des herrschenden Grundstücks zu bewirken [1] (§ 96 BGB). Da die Personalservituten grundsätzlich [2] nicht übertragbar sind, kommt bei diesen nur eine Überlassung der Ausübungsbefugnis in Betracht [3] (§ 1059, 1092 I BGB).

Bei der gemeinsamen Übertragung von Grunddienstbarkeit und gesicherter Forderung, aber auch bei der schuldrechtlichen Ausübungsüberlassung von Nießbrauch oder beschränkter persönlicher Dienstbarkeit unter gleichzeitiger Abtretung der Forderung werden die Rechte des belasteten Eigentümers (des Schuldners) kaum beeinträchtigt. Denn Einreden und Einwendungen, die ihm aus dem Sicherungsvertrag gegen den Zedenten zustanden, kann er gegenüber dem Zessionar nach § 404 BGB in Anbetracht der Forderung geltend machen [4].

Bezüglich der Dienstbarkeit ist der Eigentümer (der Schuldner) gleichfalls geschützt. Wurde nur die Ausübungsbefugnis übertragen, so tritt ein Wechsel des dinglich Berechtigten nicht ein. Der dinglich Berechtigte kann einem schuldrechtlich Ausübungsbefugten nicht mehr Rechte verschaffen als er selber hat. Der Satz: "nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet", findet uneingeschränkte Anwendung. Damit kann der Eigentümer des belasteten Grundstücks dem

---

1) OLG Hamm Rpfleger 1980/225; Palandt-Bassenge, § 1018 Anm. 10;

2) s.o. S.97, Fn. 4;

3) Auch bei der Grunddienstbarkeit kann der Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Ausübung schuldrechtlich überlassen (Palandt-Bassenge, § 1018 Anm. 10).

4) Baur, a.a.O. § 45, III, 1, a, S. 411, für die Sicherungsgrundschuld;

schuldrechtlich Berechtigten die Einreden aus dem Sicherungsvertrag entgegenhalten.

Ist das herrschende Grundstück (§ 1018 BGB) an den Zessionar übereignet worden und mithin ein Wechsel des dinglich Berechtigten eingetreten, so erscheint es möglich, die Vorschrift des § 1157 BGB analog anzuwenden. Nach dieser Bestimmung können dem neuen dinglich Berechtigten Einreden aus dem mit dem bisher dinglich Berechtigten geschlossenen Sicherungsvertrag entgegengehalten werden, die er kannte oder die sich aus dem Grundbuch ergaben (§ 892 I BGB) [1) 2)].

Die Zulässigkeit der Analogie ergibt sich aus folgenden Überlegungen:
Der Gesetzgeber hat die Dienstbarkeiten ausschließlich als dingliche Nutzungsrechte angesehen [3)] und demgemäß die bei der " Sicherungsdienstbarkeit " auftretenden Probleme nicht geregelt. Da eine dem § 1192 I BGB entsprechende Vorschrift im Rahmen der Dienstbarkeit fehlt, andererseits jedoch ein Bedürfnis nach einer dinglichen Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche durch dieses dingliche Recht besteht und auch die Zulässigkeit der " Sicherungsdienstbarkeit " bejaht wurde, liegt eine Regelungslücke vor.
Die dinglichen Sicherungsmittel, Sicherungsgrundschuld und "Sicherungsdienstbarkeit" weisen zudem beachtliche Übereinstimmungen auf. Beide sichern schuldrechtliche Ansprüche, wobei eine Akzessorietät zwischen dinglichem Recht und gesicherter Forderung nicht besteht; beide wurden vom Gesetzgeber als isolierte dingliche Rechte konzipiert. Die Unterschiede, etwa die Sicherung eines Geldanspruchs auf der einen, die Sicherung schuldrechtlicher "Nutzungsansprüche" auf der anderen Seite, sind ohne Einfluß auf das von § 1157 BGB geregelte Verhältnis von Eigentümer zu bisherigem bzw.

---

1) Baur, a.a.O., § 45 II 2, S. 408;

2) Aus diesem Grund sind auch gegen das dingliche Recht gerichtete Einreden im Grundbuch eintragbar (Baur, a.a. O., § 45 II 2, S. 408 f, Gerhardt, a.a.O., § 13,5, S. 113).

3) s.o. B, I, 4;

neuem Gläubiger bezüglich der Einreden gegen das dingliche Recht. Sie stehen einer Analogie nicht entgegen.
Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann daher dem neuen Berechtigten (§ 1018 BGB) die Einreden gegen die Grunddienstbarkeit entgegenhalten, die ihm aus dem Sicherungsvertrag gegenüber dem bisherigen Berechtigten zustanden (§§ 1192 I, 1157 BGB analog). Der neue Berechtigte ist jedoch durch die Gutglaubensvorschrift des § 892 I BGB geschützt. Aus diesem Grund können bei der " Sicherungsdienstbarkeit " Einreden, die gegen das dingliche Recht ge - richtet sind, in das Grundbuch eingetragen werden.

b) Die isolierte Übertragung.

Eine isolierte Übertragung von Dienstbarkeit und Forderung ist, wie bereits erwähnt, möglich, wodurch es zu einem Auseinanderfallen von dinglichem Recht und schuldrechtlichem Anspruch kommen kann. Fraglich ist jedoch, ob und gegebenenfalls wann der Berechtigte (der Gläubiger) zu einer isolierten Übertragung befugt ist.
Für den Bereich der Sicherungsgrundschuld wird angenommen, vor Fälligkeit der gesicherten Forderung verstoße eine isolierte Übertragung des dinglichen Rechtes gegen den Sicherungsvertrag, sofern nichts Abweichendes vereinbart ist [1]. Hier ist zunächst zu untersuchen, in welchen Fällen eine isolierte Übertragung des dinglichen Rechts bzw. der Forderung in Betracht kommt.

Bei der Grunddienstbarkeit kann eine Trennung dadurch eintreten, daß der Eigentümer (der Berechtigte) das herrschende Grundstück veräußert, ohne gleichzeitig die Ansprüche aus dem schuldrechtlichen Nutzungsvertrag an den Grundstückserwerber abzutreten. Der neue Eigentümer wird mit dem Erwerb des Grundstücks dinglich Berechtigter aus der Grunddienst-

---

1) RGZ 143/113,116 f; BGH NJW 1979/717;

barkeit (§§ 93, 96, 1018 BGB) [1]. Solange der Sicherungsfall nicht eingetreten ist, treten keine Probleme auf; der Schuldner (der Belastete) erfüllt den Schuldvertrag, während er dem Berechtigten gegenüber die Einreden aus dem Sicherungsvertrag geltend machen kann [2] (§ 1157, 1 BGB analog). Tritt der Sicherungsfall ein, so ist der neue Berechtigte zur Nutzung berechtigt. Da der Gläubiger aber nun die Nutzung nicht mehr erhält, stehen ihm die Rechte aus §§ 320 ff BGB zu, was bedeutet, daß er gemäß § 325 I 1 BGB Schadensersatz verlangen kann. Der Schuldner wird daher doppelt in Anspruch genommen, während er bei Identität von Gläubiger und Berechtigtem nur mit dem ausgeübten dinglichen Recht belastet war [3].
Aus diesem Grund muß sich aus dem Sinn des Sicherungsvertrages ergeben, daß der Gläubiger (der Berechtigte), wenn er sein Grundstück veräußert, zur gleichzeitigen Abtretung des Forderungsrechtes aus dem Schuldvertrag an den Erwerber verpflichtet ist oder auf seine Ansprüche aus dem Schuldvertrag verzichten muß.

Bei den Personalservituten, bei denen ein Wechsel des dinglich Berechtigten nicht möglich ist, kann nur die Ausübungsbefugnis der Dienstbarkeit übertragen werden (§§ 1059, 1192 I BGB). Da das dingliche Recht aber vor Eintritt des Sicherungsfalles nicht ausgeübt werden darf, besteht für eine isolierte Übertragung der theoretischen Ausübungsbefugnis kein Bedürfnis, so daß diese auch kaum vorkommen wird. Ein gutgläubiger Erwerb der "ausübbaren" Ausübungsbefugnis ist nicht möglich [4].

Die Trennung von dinglichem Nutzungsrecht und Forderung kann aber durch die isolierte Abtretung der Forderung ein-

---

1) s.o. B, IV 5, a, S. 105, Fn. 1;

2) Das ist jedoch nicht der Fall, wenn der neue Eigentümer hinsichtlich des Fehlens von Einreden gutgläubig war und Einreden auch nicht ins Grundbuch eingetragen waren (§ 1157, 2, 892 I BGB analog).

3) s.o. B, III, 2, c, dd, (2);

4) s.o. B, IV, 5, a;

treten. Auch hier treten keine Probleme auf, solange der Schuldvertrag erfüllt wird. Tritt aber der Sicherungsfall ein, so sieht sich der Schuldner Schadensersatzansprüchen des Zessionars ausgesetzt (§ 325 I 1 BGB).
Daher muß sich aus dem Sinn des Sicherungsvertrages weiterhin ergeben, daß der Zedent verpflichtet ist, dem Zessionar zusätzlich die Ausübung der Dienstbarkeit zu überlassen oder den Schuldner von Schadensersatzansprüchen freizustellen.

6) Divergenzfälle der Passivseite [1].

Soeben wurden die Probleme untersucht, die dadurch entstehen, daß Gläubiger des Schuldvertrages und Berechtigter des dinglichen Nutzungsrechtes verschiedene Personen sind.
Im Rahmen der Sicherungsgrundschuld ist daneben auch eine Verschiedenheit von Schuldner und Eigentümer des belasteten Grundstücks möglich. Bei dieser Divergenz auf der Passivseite treten zahlreiche Probleme auf [2].

Im Folgenden soll untersucht werden, ob ein solches Auseinanderfallen auch bei der "Sicherungsdienstbarkeit" eintreten kann.
Eine originäre Divergenz in der Art, daß der Schuldner sich schuldrechtlich verpflichtet, dem Gläubiger eine bestimmte "Nutzung" eines Grundstücks zu gewähren, und der Eigentümer dieses Grundstücks zur Sicherung des schuldrechtlichen Anspruchs eine Dienstbarkeit bestellt, ist kaum denkbar. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Eigentümer eine solche Sicherung bestellen sollte, ohne gleichzeitig auch persönlicher Schuldner des Berechtigten zu werden.
Eine originäre Divergenz wird es daher nicht geben.

---

1) Titel nach Baur, § 45 IV, S. 414; Münchener Kommentar-Eickmann, § 1191 Rz 61;

2) Baur, a.a.O., § 45 IV, S. 414 ff;

Zu einem Auseinanderfallen von Schuldner und Belastetem kann es aber nachträglich kommen. Zu denken ist hier an den Fall, in dem der Schuldner sein dienendes Grundstück veräußert.
Mit der Veräußerung des dienenden Grundstücks tritt der Sicherungsfall ein, denn der bisherige Eigentümer kann auch hier die Nutzungen nicht mehr gewähren, wodurch der Berechtigte seine Dienstbarkeit gegenüber dem neuen Eigentümer ausüben kann. Der Berechtigte (der Gläubiger) kann von dem Schuldner keinen Schadensersatz verlangen, da er die Nutzungen aufgrund des dinglichen Rechtes erhält; gleichzeitig wird er von seiner Gegenleistungs - pflicht frei, weil auch der Schuldner seine Vertrags - pflichten nicht erfüllen kann. Der Schuldvertrag wird suspendiert.
Eine nachträgliche Divergenz wird dagegen kaum durch eine privative Schuldübernahme (§ 415 BGB) eintreten. Da der Übernehmer nicht zur schuldrechtlichen Gewährung der Grundstücksnutzung in der Lage ist - der (bisherige) Schuldner bleibt Eigentümer des belasteten Grundstücks -, wird der Gläubiger die erforderliche Zustimmung verweigern (§ 415 II BGB). Auch wird sich nur schwer ein Dritter finden, der bereit ist, eine Schuld zu übernehmen, die er von Anfang an nicht erfüllen kann.

7) Zusammenfassung.

Die vorstehenden Untersuchungen haben ergeben, daß ein Bedürfnis nach einer dinglichen Sicherung obligatorischer Nutzungsrechte besteht. Als Sicherungsmittel eignen sich hier die Dienstbarkeiten, die bislang fast ausschließlich als dingliche Nutzungsrechte angesehen wurden. Dennoch ist der Bundesgerichtshof in seiner letzten Entscheidung,

der ein Sachverhalt zugrunde lag, bei dem es nahelag, daß die Vertragsparteien mit der Bestellung einer Dienst - barkeit die Vereinbarung eines Sicherungsrechtes beab - sichtigt hatten, nicht auf das Problem der"Sicherungs- dienstbarkeit" eingegangen.

Zur Sicherung schuldrechtlicher Nutzungsansprüche durch Dienstbarkeiten ist es erforderlich, ein obligatorisches und ein dingliches Nutzungsrecht verwandten Inhalts neben- einander entstehen zu lassen. Da aber die Rechte und Pflichten aus dem schuldrechtlichen Nutzungsvertrag sus - pendiert werden, wenn die Dienstbarkeit unbedingt bestellt und ausgeübt wird, ist es nötig, die Ausübungsbefugnis der Dienstbarkeit durch die Nichtrealisierbarkeit des ob- ligatorischen Anspruchs zu bedingen. Das dingliche Recht wird dann erst im Sicherungsfall ausgeübt.
Die " Sicherungsdienstbarkeit " ist kein akzessorisches Sicherungsrecht, weshalb es naheliegt, bei einzelnen Problemen auf die im Rahmen der Sicherungsgrundschuld herausgearbeiteten Lösungsvorschläge zurückzugreifen.
Dies ist allerdings nur beschränkt möglich, da z.B. ein Wechsel in der Person des Berechtigten aus der Dienstbar- keit nur selten eintreten wird; ein solcher Wechsel ist bei der Grunddienstbarkeit nur dann möglich, wenn das herrschen- de Grundstück veräußert wird, bei der beschränkten per- sönlichen Dienstbarkeit nur bei Eingreifen der Sonder- vorschriften der §§ 1092 II, 1059 a ff BGB.
Aus diesem Grund erlischt die Dienstbarkeit, wenn der Berechtigte auf diese verzichtet.
Auch eine Divergenz auf der Passivseite wird selten entstehen, nämlich nur dann, wenn das belastete Grund- stück veräußert wird; eine originäre Divergenz ist kaum denkbar.

C. Die Reallasten als Sicherungsmittel.

I. Darstellung der Reallast.

1) Die geschichtliche Entwicklung der Reallast.

Die Reallasten (onera realia) waren dem römischen Recht unbekannt [1]. Sie wurden durch das mittelalterliche deutsche Recht entwickelt und regelten das Verhältnis der Grundherren zu ihren Hintersassen [2]. Hier spielten sie eine bedeutende Rolle. In den ländlichen Gebieten traten sie als "Fronden, Hand- und Spanndienste, Grundrenten" und als "Ewiggeld", in den Städten als "Rentenkauf" auf [3].
Die Reallast überlebte die Rezeption und wurde als Nutzungsrecht (servitus juris Germanici) [4] den Dienstbarkeiten zugesellt.
Erst die sogenannte Bauernbefreiung (ab 1810) brachte eine Zurückdrängung dieses Rechtsinstituts. Zu sehr stand es der persönlichen Entfaltung und der wirtschaftlichen Entwicklung des Bauernstandes entgegen [5]. Nach 1848 wurden durch die Einzelstaaten in fast ganz Deutschland Gesetze erlassen, die teilweise Aufhebungen und Verbote von Reallasten, zum Teil deren zeitliche Begrenzung und die Möglichkeit der Ablösung normierten [6].

---

1) Mot III, S. 572;

2) v. Schwind, IherJb 33 (1894), 2; Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 1;

3) Baur, a.a.O., § 35 I 2, S. 300;

4) Beyerle, JZ 1955/257;

5) Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 1; Staudinger-Amann, Vorbem. zu §§ 1105-1112 Rz 1;

6) Mot III, S. 573-578;

Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches entschloß sich dennoch, das Rechtsinstitut in das Gesetzbuch aufzunehmen [1]. Da aber die entstandenen landesrechtlichen Unterschiede nicht beseitigt werden sollten - so war in den ehemals französisch besetzten Teilen des Rheinlandes die Bestellung von Reallasten zeitweise ganz ausgeschlossen [2] - finden sich in den §§ 1105 - 1112 BGB nur einige Grundvorschriften [3]. Es blieb und bleibt weitgehend dem Landesrecht überlassen, Inhalt und Maß der Reallast zu bestimmen sowie deren Begründung zu untersagen oder zu beschränken (insbesondere Art 113, Art 115 EGBGB).
Aus diesem Grund differiert der Anwendungsbereich der Reallasten in den einzelnen Bundesländern [4] [5].

2) Die Rechtslage in den einzelnen Bundesländern.

a) In den Ländern Bayern, Berlin, Hamburg, Niedersachsen und Schleswig-Holstein sowie in Teilen des Saarlandes bestehen hinsichtlich des Inhalts von Reallasten keine bedeutsamen Beschränkungen [6].

---

1) Mot III, S. 578;

2) Vorbem. zu Art 30 des Preußischen AGBGB;

3) Mot III, S. 579;

4) Und auch innerhalb des Gebietes einzelner Bundesländer differieren die Rechtszustände bezgl. dieses Rechtsgebildes z.T. beträchtlich (siehe bei: Linde, BwNotZ 1980/81, 29 f; Palandt-Bassenge, Art 115 EGBGB, Anm 2);

5) In der DDR ist eine Neubestellung einer Reallast nicht mehr möglich. Als Sicherungsrecht kann nur noch die Hypothek bestellt werden(§ 452 ZGB, Roggemann, NJW 1976/393, 401).

6) siehe bei Linde, BwNotZ 1980/81, 29 f;

b) Dagegen können in Nordrhein-Westfalen mit Ausnahme fester Geldrenten beständige Abgaben und Leistungen einem Grundstück als Reallast nicht auferlegt werden. Art 30 des Preuß. AGBGB, der gemäß § 22 II des Gesetzes über die Gemeinheitsteilung und Reallastablösung für das ganze Land Nordrhein-Westfalen gilt, bestimmt weiter:

"Eine neu auferlegte Geldrente ist der Eigentümer nach vorgängiger sechsmonatiger Kündigung mit dem zwanzigfachen Betrag abzulösen berechtigt, sofern nicht ein anderes bestimmt ist. Es kann jedoch vertragsmäßig die Kündigung nur während eines bestimmten Zeitraumes, der 30 Jahre nicht übersteigen darf, ausgeschlossen und ein höherer Ablösungsbetrag als der 25-fache Betrag der Rente nicht festgesetzt werden. Vertragsmäßige Bestimmungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind unwirksam ....."
§ 17 GTG NW regelt die Ablösung von Reallasten, die Geld-, Dienst- oder Sachleistungen zum Gegenstand haben.

c) In Bremen trifft § 26 Brem. AGBGB folgende Bestimmung:

"Mit einer Reallast kann ein Grundstück durch Rechtsgeschäft in Zukunft nur für wiederkehrende Leistungen belastet werden, zu denen sich der Eigentümer des Grundstücks längstens auf Lebenszeit des Berechtigten verpflichtet (Altenteil, Leibgeding).
Zugunsten einer juristischen Person kann als Reallast nur das Recht auf die regelmäßig wiederkehrende Leistung einer festbestimmten Geldrente bestellt werden. Neu bestellte Reallasten dieser Art, deren Dauer unbestimmt ist oder den Zeitraum von 100 Jahren übersteigt, können vom Eigentümer des belasteten Grundstücks unter Beachtung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten mit dem zwanzigfachen Betrag abgelöst werden. Eine Vereinbarung, durch die das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder erschwert oder eine höhere Ablösesumme festgesetzt wird, hat gegenüber dem künftigen Erwerber des belasteten Grundstücks keine rechtliche Wirkung."

d) In Baden-Württemberg bestimmt § 33 BaWü AGBGB:

"Die Begründung einer Reallast über die Lebenszeit des Berechtigten hinaus ist nur zulässig, wenn sie auf die Unterhaltung einer Anlage, die Leistung von elektrischer Kraft, von Heizungswärme, von Warmwasser, von Bodenbestandteilen des belasteten Grundstücks oder von Geld gerichtet ist. Bei einer Geldleistung muß die Reallast einer auf längstens 30 Jahre sich erstreckenden regelmäßigen Tilgung unterworfen sein.
Andere Reallasten können über die Lebenszeit des Berechtigten hinaus nur begründet werden, wenn hierfür ein erhebliches wirtschaftliches Bedürfnis besteht. Die Begründung bedarf der Genehmigung des Präsidenten des Oberlandesgerichts."

e) In Rheinland-Pfalz trifft § 22 Rhl-Pfl AGBGB folgende Regelung:

Grundsätzlich können Reallasten nicht über die Lebenszeit des Berechtigten hinaus begründet werden. Sofern die Reallast für eine juristische Person oder subjektiv-dinglich bestellt wird, kann sie nicht auf längere Zeit als auf 30 Jahre begründet werden.
Diese Bestimmungen finden jedoch keine Anwendung, wenn eine Reallast auf die Unterhaltung einer Anlage, die Leistung von Energie, Wasser, Heizwärme, Warmwasser oder von Bodenbestandteilen des belasteten Grundstücks oder von Geld gerichtet ist. Weitere Ausnahmen können von dem Präsidenten des Oberlandesgerichts oder durch Rechtsverordnung geschaffen werden, falls ein erhebliches wirtschaftliches Bedürfnis besteht.
Schließlich muß bei einer Reallast auf Geldleistung eine Ablösesumme bestimmt werden.

f) In den ehemals bayerischen Teilen des Saarlandes herrscht folgender Rechtszustand:

Art 85 Bay AGBGB:
"Als Reallast kann außer dem Recht auf Leistungen, die zu einer Leibrente, insbesondere zu einem Leibgeding, gehören, nur das Recht auf regelmäßig wiederkehrende Leistung von fest bestimmten Geldbeträgen oder fest bestimmten Mengen von Bodenerzeugnissen oder fest bestimmten Mengen elektrischer Arbeit bestellt werden.
Bei der Bestellung einer Reallast solcher Art muß der Geldbetrag bestimmt werden, durch dessen Zahlung der Eigentümer die Reallast ablösen kann, es sei denn, daß die Reallast das Recht elektrischer Arbeit zum Inhalt hat."

g) Zwischenergebnis:

Diese kurze Zusammenstellung hat gezeigt, daß der potentielle Anwendungsbereich der Reallast und damit auch der der Sicherungsreallast in den einzelnen Bundesländern gravierende Unterschiede aufweist. So gibt es Bundesländer, z.B. NRW, in denen die Reallast etwa nur in Form fester Geldrenten bestellt werden kann, während Hamburg derzeit keine Regelung der Reallast getroffen hat, wodurch deren zulässiger Inhalt nur an den Bestimmungen der §§ 1105 ff BGB zu messen ist.

h) Ausblick.

Im Rahmen der folgenden Untersuchung bleiben die landesrechtlichen Beschränkungen grundsätzlich außer Betracht. Dies erscheint zweckmäßig, da im anderen Falle stets herausgestellt werden müßte, in welchem Bundesland eine bestimmte Konstruktion und damit ein bestimmtes Problem auftreten kann. Zudem ist der Anwendungsbereich der Reallast in mehr als der Hälfte der Bundesländer relativ weit.
Es sei jedoch an dieser Stelle ausdrücklich darauf hingewiesen, daß nicht alle Überlegungen unter dem jeweiligen Landesrecht gleichermaßen Geltung beanspruchen können.

II. Die Sicherungsreallast.

1) Der Charakter der Reallast.

a) Wie bereits erwähnt [1], wurde die Reallast nach der Rezeption als Nutzungsrecht (servitus juris Germanici) den Dienstbarkeiten zugesellt.

Ihre Rechtsnatur war aber schon vor dem Inkrafttreten des BGB umstritten. Während heute jedoch anerkannt ist, daß die Reallasten keine obligatorischen Forderungsrechte, sondern Sachenrechte [2] sind, ist die dogmatische Einordnung dieses Sachenrechtes nach wie vor streitig. Zum Teil [3] wird vertreten, die Reallast nehme eine eigenartige Mittelstellung zwischen Nutzungsrechten und Sicherungsrechten ein. Der Schwerpunkt liege im Bereich des Nutzungsrechtes, wenn es sich um Leistungen handle, die das Grundstück hervorbringe (analog den Dienstbarkeiten), während ansonsten, etwa bei Geldrenten, der Sicherungszweck überwiege [4]. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes [5] und eines Teiles der Literatur [6] hat die Reallast lediglich den Charakter eines Verwertungsrechtes. Zur Begründung wird u.a. ausgeführt:

- Eine Nutzung liege nur dann vor, wenn der Berechtigte zur Einwirkung auf den Gegenstand befugt sei [7].

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, daß auch bei den Dienst-

---

1) s.o. C I 1;

2) Mot III S. 573; Westermann, a.a.O., § 124 II, S. 617;

3) Baur, a.a.O., § 3 II, Übersicht 1, S. 24 f, § 35 I 1 c, S. 300; Westermann, a.a.O., § 124 III 3, S. 618; RGRK-Rothe, Vor. § 1105 Rz 1;

4) Wieacker, Bodenrecht, Hamburg, 1938, § 32 II, 2, S. 234; Baur, a.a.O., § 35, II, 1, c, S. 300;

5) BGH Rpfleger 1978/207;

6) Wolff/Raiser, a.a.O., § 2 III 2, S. 13 f; Heck, a.a.O., § 108, 4, S. 437 f; Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 5 f;

7) Münchener Kommentar-Joost, ebenda;

barkeiten, deren Nutzungsrechtscharakter anerkannt ist [1], der Begriff Nutzung in einem weiteren Sinn verstanden wird [2].

- Die Reallast gewähre keinen Leistungsanspruch; die persönliche Haftung nach § 1108 BGB sei für die Reallast nicht begriffswesentlich [3].
Festzustellen ist aber, daß § 1108 BGB im Regelfall eingreift und abbedungen werden muß, wenn die persönliche Haftung beseitigt werden soll. Zudem wurde teilweise [4] auch ein Leistungsanspruch im Rahmen des § 1107 BGB bejaht.

Dieser Theoriestreit hat jedoch für die folgende Untersuchung keine praktische Bedeutung und kann deshalb dahingestellt bleiben. Denn die Auffassung, die Reallast sei ein bloßes Nutzungsrecht [5], wird, soweit ersichtlich, nicht mehr vertreten. Gleichzeitig bejaht die "Theorie der Doppelnatur der Reallast" deren Sicherungscharakter als Verwertungsrecht. Dieser Charakterisierung kommt große Bedeutung zu, da die Reallast im BGB wie auch in den einzelnen Landesgesetzen nur bruchstückhaft geregelt ist und somit ein Rückgriff auf Normen geboten erscheint, die für andere Sachenrechte gelten [6].

---

1) s.o. B. I 4;

2) Mot III, S. 475;

3) Prot. III, S. 736; Münchener Kommentar-Joost, § 1105, Rz 4; wohl auch: BGH Rpfleger 1978/ 207;

4) Dümchen, a.a.O., S. 355, 361-366; V. Lübtow, Festschrift für H. Lehmann, Bd. 1, Berlin, 1956, S. 328, 363;

5) O.v.Gierke, Deutsches Privatrecht, Zweiter Band, Leipzig, 1905, § 148 III 4, S. 711;

6) Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 4;

b) Die Sicherungsreallast.

Im Gegensatz zur " Sicherungsdienstbarkeit " wird die Rechtskonstruktion der Sicherungsreallast allgemein für zulässig erachtet [1]. Wegen ihrer Anwendungsbreite soll sich die Reallast besonders gut zur Verdinglichung schuldvertraglich begründeter Leistungspflichten eignen [2].

Dieser Ansicht steht nicht die Vorschrift des § 1105 I BGB entgegen, wonach die Belastung des Grundstücks mit einer Reallast in der Weise erfolgt, daß " wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten" sind. Denn die Bestimmung " aus dem Grundstück zu entrichten" ist nur als Hinweis auf die dingliche Haftung des Grundstücks im Wege der Zwangsvollstreckung zu verstehen [3], eine Beziehung der Leistung zu dem Grundstück oder sogar die Möglichkeit, die Leistung in Natur aus dem Grundstück gewähren zu können, wird nicht gefordert [4].

Damit ist der Anwendungsbereich der Sicherungsreallast größer als er, gemessen am Wortlaut des § 1105 I BGB, zu sein scheint.

---

1) Baur, a.a.O., § 35 I 1 c, S. 300, § 35 II 2 a, S. 301; Westermann, a.a.O., § 124 III 4, S. 619, Wolff/Raiser, a.a.O., § 2 III 2, S. 14; Heck, a.a.O., § 108 4, S. 437; Münchener Kommentar - Joost, § 1105 Rz. 35;

2) Münchener Kommentar - Joost, § 1105 Rz. 2;

3) Palandt - Bassenge, § 1105 Anm. 4 a;

4) OLG Celle, DNotZ 1975/ 720;

c) Zwischenergebnis.

Bei der Reallast ist ein Wandel im Rechtscharakter festzustellen. Während sie früher als "servitus", als Nutzungsrecht, angesehen wurde, wird heute der Sicherungscharakter immer stärker betont [1]. Dies hat dazu geführt, daß der Reallast die Eigenschaft eines Nutzungsrechts z.T. generell abgesprochen wird [2].
Die Rechtsform der Sicherungsreallast ist allgemein anerkannt.

2) Exkurs: Die Rechtslage in anderen europäischen Ländern.

Vor der näheren Untersuchung der Sicherungsreallast soll die Rechtslage in einigen [3] anderen europäischen Ländern betrachtet werden. Dabei wird der Frage nachgegangen, ob die Reallast auch in diesen Ländern als Sicherungsmittel eingesetzt wird.

a) Die Rechtslage in Österreich.

Auch das österreichische Recht kennt die Reallast. Sie ist - getrennt von den Pfandrechten §§ 447 ff ABGB - im unmittelbaren Anschluß an die Dienstbarkeiten geregelt (§ 530 ABGB [4], § 12 GBG). Als Abgrenzungskriterium von Reallast und Dienstbarkeit wird die Hauptpflicht auf positive Leistung auf der einen Seite und die Unterlassungspflicht auf der anderen Seite herausgestellt [5]. Gleichzeitig wird die Reallast als

---

1) Bei den Dienstbarkeiten hat eine solche Metamorphose bislang noch nicht stattgefunden.

2) Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 5, 6;

3) Im Frankreich ist ein der Reallast entsprechendes dingliches Recht nicht bekannt.

4) Die Reallast ist dort allerdings nicht ausdrücklich erwähnt (Swoboda, Das österreichische ABGB, Zweiter Teil, 2. Auflage, Wien, 1944, S. 327).

5) Rummel-Petrasch, a.a.O., § 472 Rz 1, § 530 Rz 2; Koziol/Welser, a.a.O., S. 141; Swoboda, a.a.O., S. 328;

"Belastung eines Grundstücks mit der Haftung für Leistungen des jeweiligen Eigentümers" [1] definiert, was ihre Ähnlichkeit mit dem Pfandrecht verdeutlicht. Von diesem soll sich die Reallast (vor allem) durch die Bestimmung des Leistungspflichtigen durch das jeweilige Eigentum am dienenden Gut und den Zweck der laufenden Versorgung statt Kreditierung einer Kapitalschuld unterscheiden [2].
Die Reallast wird somit zumindest auch als Sicherungsrecht klassifiziert. Allerdings darf die Bestellung einer Reallast nicht zu einer Umgehung der pfandrechtlichen Schranken dienen [3]; deshalb können Rentenreallasten auch nur für Leibrenten und zur Sicherung der Versorgung und des Unterhalts des Berechtigten begründet werden.
Auch im österreichischen Recht ist der Sicherungscharakter der Reallast somit anerkannt.

b) Die Rechtslage in der Schweiz.

Die Reallast (deutschen Rechts) wird in der Schweiz als Grundlast bezeichnet. Der Gesetzgeber des ZGB hat dieses Rechtsgebilde im Anschluß an die Dienstbarkeiten(Art 730 - 781 ZGB)in den Vorschriften Art 782 - 792 ZGB geregelt. Die Bestimmungen über das Grundpfand schließen sich - unter einem neuen Titel - an die der Grundlasten an (Art 793 ff ZGB).
Entsprechend ihrer Stellung im Gesetz wird die Grundlast als Recht bezeichnet, welches die Mitte zwischen Dienstbarkeit und Grundpfandrecht hält [4], wobei allerdings anerkannt ist, daß sie eher den Sicherungsrechten zugerechnet werden muß [5].

---

1) Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Erster Band, 2. Hälfte, 2. Aufl., Wien, 1957, S. 360;

2) Rummel-Petrasch, § 530 Rz 2

3) Swoboda, a.a.O., S. 329; Rummel-Petrasch § 530 Rz 1;

4) Tuor/Schnyder, a.a.O., S. 631;

5) Tuor/Schnyder, a.a.O., S. 632; Meier/Hayoz, a.a.O., S. 647; Liver, a.a.O., Einleitung Rz 55;

Denn während Grundlasten und Dienstbarkeiten lediglich die Gemeinsamkeiten aufweisen, daß eine Nutzung aus dem Grundstück gewährt wird, die, wenn auch nicht immer unmittelbar, eine Minderung der Nutzung des belasteten Grundeigentümers nach sich zieht, und daß beide Rechte wiederholt ausgeübt werden [1], so sind die Gemeinsamkeiten der Grundlasten mit dem Grundpfand größer. Denn auch die Grundlast läßt keine unmittelbare Einwirkung auf das Grundstück zu. Erst wenn die geforderte Leistung nicht erbracht wird, ist eine direkte Einwirkung, die Vollstreckung, möglich. Diese richtet sich bei Grundpfand und Grundlast nach denselben Regeln [2]. Im schweizerischen Recht kann die Grundlast demnach als Sicherungsrecht mit Forderungsrechtscharakter bezeichnet werden [3].

c) Die Rechtslage in den Niederlanden.

Das Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch (Burgerlijk Wetboek) regelt in den Art 784 BW - Art 802 BW im Anschluß an die Vorschriften der Dienstbarkeiten die Grundrenten (Grondrenten). Die Grundrente kann nicht als niederländisches Äquivalent zur Reallast des BGB bezeichnet werden. Sie weist zwar Ähnlichkeiten mit der Reallast auf, gleicht aber auch der Rentenschuld, mit der sie häufig [4] verglichen wird. Grundrente und Reallast stimmen insoweit überein, als der Inhalt beider Rechte wiederkehrende Leistungen sein können, die nicht unbedingt in Geld zu bestehen brauchen. Auch scheint der Ausdruck "Schuldpligtigheid" (Schuldverbindlichkeit) in Art 784 BW auf eine dem § 1108 BGB entsprechende, persönliche Schuld des Eigentümers des belaste-

---

1) Tuor/Schnyder, a.a.O., S. 632;

2) Tuor/Schnyder, ebenda unter Hinweis auf Art 37 SchKG;

3) Tuor/Schnyder, a.a.O., S. 632; Meier/Hayoz, a.a.O., S. 647 f;

4) Asser's, a.a.O., S.4 f;

ten Grundstücks hinzudeuten. Wie Art 786 BW zeigt, ist dieser Ausdruck jedoch irreführend. Art 786 BW bestimmt: "De schuldpligtigheid der grondrente rust bij uitsluiting op het goed zelf,....., zonder dat,....., de persoon van den bezitter in zijne overige goederen davoor aansprakelijk zij." (Die Verpflichtung zur Zahlung der Grundrente ruht ausschließlich auf der Sache selbst,....., ohne daß,....., die Person des Besitzers mit ihrem sonstigen Vermögen dafür haftet).

Eine genaue dogmatische Zuordnung der Grundrente zur Reallast oder zur Rentenschuld ist unmöglich. Die Grundrente wird teilweise [1] den Gebrauchsrechten zugeordnet, teilweise aber unter Hinweis auf ihre Verwandtschaft mit der Rentenschuld als Sicherungsrecht [2] angesehen. Aus dem niederländischen Rechtskreis lassen sich wegen der erwähnten Einordnungsschwierigkeiten keine Anhaltspunkte für den Rechtscharakter der Reallast des BGB heranziehen.

3) Das Gesamtrechtsverhältnis.

Bei der Bestellung einer Reallast entsteht ein Konglomerat von Rechtsbeziehungen, das kurz dargestellt werden soll. Es sind zu unterscheiden:

a) Die Reallast als Ganzes, als Haupt- oder Stammrecht (§ 1105 BGB). Sie ist eine selbständige abstrakte Grundstücksbelastung, auf der die Einzelleistungen beruhen (§ 1107 BGB).

b) Das "Recht" auf die Einzelleistung als dingliche Belastung des Grundstücks (§ 1107 BGB). Für sie haftet der Eigentümer mit dem Grundstück. Er ist jedoch zur Erbringung der Einzel-

---

1) Algra, a.a.O., S. 125;

2) Asser's, a.a.O., S. 4 f, 305 - 307; ders., Handleiding tot de beoffening van het Nederlands burgerlijk Recht, Tweede Deel, Zakenrecht, Allgemeen Deel, Zwolle, 1957, S. 19;

leistungen nicht verpflichtet [1].

c) Die abdingbare, persönliche Haftung des Eigentümers für die Einzelleistungen (§ 1108 BGB). Der Eigentümer haftet insoweit mit seinem gesamten Vermögen. Hier hat der Berechtigte einen Anspruch auf die Leistung [2].

d) Der der Reallastbestellung zugrunde liegende Schuldvertrag, das Kausalverhältnis (§ 305 BGB). Wird die Reallast nicht isoliert als Nutzungsrecht, sondern als Sicherungsmittel eingesetzt, so kommen hinzu:

e) Der zu sichernde Schuldvertrag.

f) Die Sicherungsabrede [3], durch die der Schuldvertrag und die nichtakzessorische Reallast miteinander verknüpft sind. Diese ist zusammen mit der causa (oben d) Inhalt des Sicherungsvertrages.

Das Verhältnis dieser Rechtsbeziehungen zueinander, insbesondere das des gesicherten Schuldvertrages zu den übrigen Beziehungen, soll nun untersucht werden.
Zunächst seien aber die Vor- und Nachteile der Reallast im Vergleich zu dem zu sichernden Schuldvertrag dargestellt und der mögliche Anwendungsbereich der Sicherungsreallast an Beispielsfällen verdeutlicht.

---

1) Palandt-Bassenge § 1107 Anm 2b; Münchener Kommentar-Joost, § 1107 Rz 5; Staudinger-Amann, Vorbem. zu §§ 1105 - 1112 Rz 23; a.A. Dümchen, a.a.O., S. 355, 361 ff; v. Lübtow, a.a.O., S. 328, 363;

2) BGH Rpfleger 1978/207; Dümchen, a.a.O., S. 456;

3) Staudinger-Amann. Vorbem. zu §§ 1105 - 1112 Rz 25;

4) Die Vorteile der Reallast.

Analog der Untersuchung im Rahmen der Dienstbarkeiten sollen die Vor- und Nachteile der Reallasten durch einen Vergleich mit den schuldrechtlichen Ansprüchen verdeutlicht werden.

a) Die Absolutheit der Reallast.

Die Reallast ist ein absolutes Recht und als solches von der Rechtsordnung gegen jeden rechtswidrigen Eingriff geschützt und mit einer Wirkung gegenüber jedermann ausgestattet [1]. Sie stellt ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB dar [2]. Eine rechtswidrige und schuldhafte Verletzung dieses Rechts verpflichtet, anders als die Verletzung einer Forderung, zum Schadenersatz.
Die aus der Absolutheit resultierenden Vorteile der Reallast werden auch an folgendem Beispiel deutlich:

Hat sich E (schuldrechtlich) verpflichtet, an B täglich x m^3 Sand, den er auf seinem Grundstück abbaut, zu liefern, und kommt er dieser Verpflichtung nicht nach - er veräußert beispielsweise das Grundstück an E 1 - so kann B von E den Sand nicht mehr erhalten. Gegen E 1 stehen ihm keine Ansprüche auf Lieferung zu.

Hätte B sich dagegen am Grundstück des E eine Reallast mit dem Inhalt bestellen lassen, daß an ihn x m^3 Sand pro Tag zu liefern sind (§§ 1105 I, 1111 I BGB), so hätte er auch von E 1 den Sand verlangen können (§§ 1105, 1108 [3] BGB).

---

1) Baur, a.a.O., § 2 I 1 a, S. 6;

2) Palandt-Thomas, § 823 Anm 6a;

3) Dies stellt, je nachdem welcher Ansicht man folgt, eine Besonderheit dieses Verwertungsrechts (BGH Rpfleger 1978/207) dar bzw. ergibt sich aus dem Charakter der Reallast, die auch ein Nutzungsrecht sein kann (Baur, a.a.O., § 35 I 1 c S. 300).

Wird die durch die Reallast gewährte Sicherheit durch die Verschlechterung des Grundstücks oder des Zubehörs gefährdet, so steht dem Berechtigten analog §§ 1134, 1135 BGB die Unterlassungsklage zu [1]. Der schuldrechtliche Gläubiger kann in diesem Fall höchstens [2] ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen (§ 321 I BGB).

b) Die Reallast in der Vermögenskrise.

Der Terminus Sicherungsreallast macht schon deutlich, daß ein Vorteil der Reallast in der guten Absicherung von Rechten liegt. Dieses Sicherungsbedürfnis wird spätestens in der Vermögenskrise des belasteten Eigentümers aktuell. Als"Vermögenskrise" seien auch hier die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, der Konkurs und der Vergleich bezeichnet.

aa) Die Reallast in der Zwangsversteigerung [3].

Hier ist zunächst zwischen Reallasten von bestimmter Dauer und solchen von unbestimmter Dauer zu unterscheiden.
Ist die Reallast von bestimmter Dauer, so gelten die oben im Rahmen der Grunddienstbarkeit [4] dargestellten Überlegungen analog. Das heißt: wird sie in das geringste Gebot aufgenommen (§ 44 I ZVG), so bleibt sie unverändert bestehen (§ 52 I ZVG). Die Reallast belastet fortan das Grundstück des Ersteigerers [5] - und diesen "persönlich" (§ 1108 BGB). Wird sie dagegen wegen ihrer Nachrangigkeit bei der Feststellung des geringsten Gebotes nicht berücksichtigt, so erlischt sie (§§ 52, 91 ZVG). An ihre Stelle tritt der Wert-

---

1) RG GruchB 48/351, 354 f; Münchener Kommentar-Joost § 1105 Rz 43;

2) Zugleich muß eine wesentliche Vermögensverschlechterung eintreten (§ 321 BGB).

3) Auch hier wird nur die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks untersucht.

4) s.o. B, II, 1, b, aa;

5) Stöber/Zeller, S. 109;

ersatz nach § 92 ZVG, soweit der Versteigerungserlös dazu ausreicht (§ 117 I ZVG). Der Wertersatz wird als einmalige Kapitalleistung gewährt (§ 92 I ZVG) [1].

Bei einer Reallast von unbestimmter Dauer wird beim Erlöschen des Rechts eine Geldrente gezahlt, die dem Jahreswert des Rechts gleichkommt (§§ 92 II, 120, 121 ZVG). Wird diese Reallast dagegen in das geringste Gebot aufgenommen, so bestehen keine Unterschiede gegenüber der Reallast von bestimmter Dauer.

bb) Die Reallast in der Zwangsverwaltung.

Die Zwangsverwaltung berührt den Bestand der Reallast nicht. Der Zwangsverwalter erfüllt die Pflichten des Eigentümers aus der Reallast, allerdings nur insoweit, als die Nutzungen nicht zur Deckung von im Range vorgehenden Ansprüchen verwandt werden müssen (§§ 155 I, II, 156 I ZVG). Erfüllt werden aber nur die laufenden wiederkehrenden Leistungen (§§ 155 II 2, 13 I 2 ZVG).

cc) Die Reallast im Konkurs.

Im Konkurs des Eigentümers des belasteten Grundstücks [2] hat der Berechtigte (der Reallastgläubiger) ein Aussonderungsrecht (§ 43 KO), sofern das dingliche Recht selbst und nicht die Sache, auf der das Recht lastet, Gegenstand der Aussonderung ist [3]. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Konkursverwalter das Bestehen des Rechtes leugnet. Ansonsten steht dem Berechtigten ein Absonderungsrecht zu (§ 47 KO) [4].

Hat ein Gläubiger dagegen aus einem gegenseitigen Vertrag gegen den Cridar lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Erbringung wiederkehrender Leistungen, so steht dem Konkursverwalter unter den Voraussetzungen des § 17 KO ein Wahlrecht zu, ob er den Vertrag erfüllen will oder nicht.

---

1) Allerdings greift § 92 I ZVG nur ein, wenn die Reallast nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet war (Zeller, § 92 Rz 2(Anm. 2)), denn sonst geht der Anspruch auf Zahlung des Kapitals.

2) S.o. C,II,4,b,aa, S. 126 Fn. 3;

3) S.o. B,II,1,b,bb; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, § 43 Rz 58;

4) ders., § 47 Rz 12;

dd) Die Reallast im Vergleich[1)]

Inhaber einer Reallast nehmen am Vergleich als Aussonderungsberechtigte nicht teil (§ 26 I VerglO). Sofern sie absonderungsberechtigt sind, sind sie am Verfahren beteiligt (§ 27 I 1 VerglO). Voraussetzung ist allerdings, daß ihnen der Schuldner auch persönlich haftet und daß sie auf die abgesonderte Befriedigung verzichten bzw. bei ihr ausgefallen sind (§ 27 I 1 VerglO). Auch Reallastgläubiger können somit eine abgesonderte Befriedigung verlangen [2)].
Damit steht fest, daß die Reallast, sofern sie an einer günstigen Rangstelle eingetragen ist, in der Vermögenskrise eine große Sicherungswirkung entfalten kann.

5) Die Nachteile der Reallast (im Vergleich zu den schuldrechtlichen Ansprüchen).

Nachdem die Vorteile der Reallast festgestellt sind, ist auch im Rahmen der Untersuchung der Sicherungsreallast zu prüfen, ob ein Bedürfnis nach einer Rechtskonstruktion Sicherungsreallast nicht deshalb entfällt, weil die isolierte Reallast im Vergleich zum schuldvertraglichen Anspruch keine Nachteile aufweist. Im Folgenden werden deshalb die Nachteile der Reallast dargestellt.

a) Typenzwang und Typenfixierung.

Die Reallast kann nur mit dem im Gesetz beschriebenen Inhalt bestellt werden. Wenn § 1105 I bestimmt, daß wiederkehrende Leistungen aus dem belasteten Grundstück zu erbringen sind, so bedeutet das, daß Duldungspflichten, Unterlassungen, nicht Inhalt der Reallast sein können [3)]. In diesem Fall ist vielmehr nur die Bestellung einer Dienstbarkeit möglich [4)].
Aus dem Prinzip der Typenfixierung folgt weiterhin die Un-

---

1) S.o. B,II,1,b,cc;

2) S.o. C,II,4,b,cc;

3) BayObLGZ 1959/301,304, m.w.N; RGRK-Rothe,§ 1105 Rz 10;

4) OLG Nürnberg RdL 1967/183 f; Staudinger-Amann,Vorbem. vor §§ 1105-1112 Rz 26;

möglichkeit der dinglichen Gegenleistungsvereinbarung im Rahmen der Reallast [1].

Der Nachteil kann abgemildert werden, indem sich der Berechtigte schuldrechtlich zur Erbringung einer Gegenleistung für die Bestellung der Reallast verpflichtet. Die Gegenleistung kann in einer einmaligen Zahlung oder in einer Ratenzahlung bestehen. Da jedoch in jedem Fall für die Bestellung des dinglichen Rechtes gezahlt wird [2], liegt zwischen den Leistungen, die vom Berechtigten und vom belasteten Eigentümer zu erbringen sind, keine synallagmatische Verknüpfung vor. Aus diesem Grund sind die §§ 320 ff BGB insoweit nicht anwendbar [3]. Erbringt der Berechtigte seine Gegenleistung (die Rate) nicht, so kann der Eigentümer das Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB nicht ausüben; ihm steht jedoch das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB hinsichtlich der Einzelleistung aus der Reallast zu, da der Grund der gegenseitigen Ansprüche ein "einheitliches, innerlich zusammenhängendes Lebensverhältnis" [4] ist. Wird dem Berechtigten seine Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den er zu vertreten hat, so kann der Eigentümer der Rücktrittsregelung des § 325 I, 1 BGB nur dadurch Anwendbarkeit verschaffen, daß er von dem gesamten Vertrag, der der Reallast zugrunde liegt, zurücktritt und Herausgabe des dinglichen Rechtes verlangt.

Die Rechte aus der Reallast können auch mit dinglicher Wirkung von der Gegenleistung abhängig gemacht werden. Es ist möglich, die Reallast, und zwar sowohl das Stammrecht (§ 1105 I BGB) [5] als auch das Recht auf die Einzelleistung (§§ 1107, 1108 BGB) [6] durch die Erbringung der Gegenleistung zu bedingen.

---

1) Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 19;

2) s.o. B,II,2,b,aa,(1);

3) ebenda;

4) RGZ 72/61, 65; 134/144, 146; BGHZ 47/157, 167;

5) Das ergibt der Umkehrschluß aus § 925 II BGB (Staudinger-Amann, § 1105 Rz 15;).

6) OLG Braunschweig OLGZ 29/355 f; 43/226 f; BGH NJW 1962/2249 f; LG Köln MittRheinNotK 1969/654, 656 f; Staudinger-Amann, § 1105 Rz 15;

Aber auch durch diese Bedingungen können die Nachteile, die sich aus der Unmöglichkeit einer direkten Anwendung der Synallagmavorschriften auf die unmittelbar auszutauschenden Leistungen ergeben, nicht beseitigt werden [1]. Dies gilt insbesondere für die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung bezüglich des Stammrechtes. Es wird kaum jemals im Interesse der Parteien liegen, beim Ausbleiben einer einzelnen Rate das gesamte Recht erlöschen zu lassen [2].

b) Die Unanwendbarkeit des § 275 BGB auf das Recht aus § 1107 BGB.

Wird eine einzelne Leistung, die der Eigentümer aus seinem Grundstück zu erbringen hat (§§ 1107, f BGB), unmöglich, ohne daß er dies zu vertreten hat, so kann der Berechtigte gleichwohl grundsätzlich aus § 1107 BGB in das Grundstück vollstrecken [3] [4]. Die Regeln der Unmöglichkeit finden auf das Recht aus § 1107 BGB nämlich keine Anwendung [5].

c) Die nachrangige Reallast.

Ist eine Reallast nicht an einer vorderen Stelle im Grundbuch eingetragen, so bietet sie nur geringen Schutz [6]. Aus diesem Grund ist es möglich, daß schuldrechtliche Ansprüche aus einem Mietvertrag eine größere Sicherheit bieten können als beispielsweise die Wohnungsreallast [7]. Hier sei nur auf die Vorschriften der §§ 57 ff ZVG, § 21 IV KO hingewiesen, wonach derjenige, der ein vermietetes Grundstück bei einer Zwangsversteigerung oder bei einer vom Konkursverwalter freiwillig vorgenommenen Veräußerung erwirbt, (zunächst) in den Mietvertrag eintritt (§ 571 BGB).

---

1) S.o. S. 90, Fn. 5;

2) Ripfel, a.a.O., S. 406 für die Dienstbarkeit;

3) Münchener Kommentar - Joost, § 1107 Rz. 7;

4) Kann also der Eigentümer die Einzelleistung nicht erbringen, auf die der Berechtigte ein Recht hat, so kann der Berechtigte die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreiben, auch wenn der Eigentümer die Unmöglichkeit der Erbringung nicht zu vertreten hat. Zur Vollstreckung: s.u.C,IV,5,c,aa;

5) Münchener Kommentar-Joost, § 1107 Rz 7;

6) S.o.C,II,4,b;

7) BGHZ 58/57 ff;

d) Landesrechtliche Einschränkungen.

In einigen Bundesländern ist der Anwendungsbereich der Reallast begrenzt [1]. Ein Schuldvertrag kann dagegen grundsätzlich mit jedem Inhalt abgeschlossen werden.

e) Die Grundbucheintragung.

Bei den Reallasten bedürfen Abänderungen des Rechtsinhaltes einer Eintragung ins Grundbuch (§ 873 I BGB), um wirksam zu sein. Im Bereich des Schuldrechts sind sie dagegen meist formlos möglich. Da diese Änderungen im Wirtschaftsverkehr durchaus häufig auftreten können, eignet sich die isolierte Reallast aufgrund ihrer Schwerfälligkeit nur bedingt zur Lösung der täglich auftretenden Rechtsprobleme.

6) Zwischenergebnis.

Nachdem sich gezeigt hat, daß die isolierte Reallast Vorteile wie Nachteile gegenüber dem schuldrechtlichen Anspruch verwandten Inhalts aufweist, wobei die Vorteile des schuldrechtlichen Anspruchs in der großen Flexibilität und Anpassungsfähigkeit an bestimmte Situationen (etwa an Leistungsstörungen), die der Reallast in der größeren Sicherungswirkung liegen, muß ein Bedürfnis für die Sicherungsreallast bejaht werden. Die Rechtskonstruktion der Sicherungsreallast wird demgemäß auch seit langem anerkannt und verwandt [2]. Es ist jedoch festzustellen, daß nicht sämtliche Nachteile der isolierten Reallast behoben werden können. Wenn zum Beispiel der Landesgesetzgeber einen bestimmten Inhalt einer Reallast verbietet, so ist auch die Bestellung einer entsprechenden Sicherungsreallast nicht möglich.

---

1) z.B. Bremen, NRW; s.o. C, I, 2, b, c;

2) RGZ 85/244, 246 f; 113/93, 103 f; 129/210, 216; OLG Nürnberg, RdL 1967/183 f;

7) Anwendungsfälle der (Sicherungs -) Reallast.

Im Folgenden wird kurz das Anwendungsgebiet der(Sicherungs-) Reallast dargestellt.
Die Reallast soll sich aufgrund ihrer Anwendungsbreite besonders gut zur Verdinglichung schuldrechtlich begründeter Leistungspflichten eignen [1].

a) Reallasten sind auch in Form der Rentenreallasten [2] weit verbreitet. Diese nehmen bei den heutigen Geldwertschwankungen an Bedeutung zu. Die Höhe der Renten richtet sich, mit Genehmigung der Deutschen Bundesbank, nach der Entwicklung des Lebenshaltungskostenindexes. Der Vorteil der Reallast gegenüber den Grundpfandrechten liegt hier in der guten Anpassungsfähigkeit der Reallast an die veränderte Rentenhöhe, die den Grundpfandrechten wegen des Bestimmtheitserfordernisses der §§ 1113 I, 1191 I, 1199 BGB fehlt [3].
Eine Wertsicherung durch Reallasten ist auch ohne Genehmigung der Deutschen Bundesbank möglich, sofern Sachlieferungen betroffen sind [4]. So kann etwa eine Wahlschuld in der Art vereinbart werden, daß der Schuldner Naturalien oder Geld leisten kann [5]; ebenso kann eine Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, statt Geld Naturalien fordern zu dürfen,Inhalt der Reallast sein [6].

b) Während bei dem gerade dargestellten Anwendungsgebiet die Sicherungsreallast, also die Bestellung einer Reallast neben einem Schuldvertrag verwandten Inhaltes, die Ausnahme sein mag, erscheint der Bereich langfristiger Lieferungs - und Bezugsverpflichtungen für die Vereinbarung einer Sicherungsreallast geradezu prädestiniert.

---

1) Münchener Kommentar - Joost, § 1105 Rz 2;
2) BGH WM 1970/92 f;
3) Staudinger-Amann, Vorbem zu §§ 1105-1112 Rz 41;
4) OLG Schleswig DNotZ 1975/720;
5) OLG Celle DNotZ 1952/126 f; DNotZ 1955/315 f ;
6) BGHZ 81/135,137;

Die traditionelle Bedeutung der Reallast liegt auf dem Gebiet landwirtschaftlicher Übergabe - und Leibgedingsverträge. Durch diese Verträge soll die Versorgung [1] eines Berechtigten durch Geld- und Naturalleistungen in Verbindung mit einem Wohnrecht sichergestellt werden. Das Leibgeding hat eine schuldrechtliche und eine dingliche Komponente:
In einem Schuldvertrag verpflichtet sich der Schuldner zur Versorgung des Gläubigers in der oben dargestellten Weise. Diese schuldrechtlichen Verpflichtungen werden, soweit sie Nutzungsansprüche sind, etwa das Wohnrecht, durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, soweit sie Leistungsansprüche sind, durch Reallasten gesichert [2].

Das Leibgeding erfährt bestimmte gesetzliche Sonderregelungen, auf die hier einzugehen jedoch kein Anlaß besteht. Erwähnt seien nur stichwortartig:
-die Erleichterung bei der Grundbucheintragung (§ 49 GBO),
-die erhöhte Sicherheit in der Zwangsversteigerung (§ 9 I EGZVG i.V.m. landesrechtlichen Vorschriften).

Auch unabhängig vom Leibgeding kann der Eigentümer an seinem Grundstück eine Reallast mit dem Inhalt bestellen, daß bestimmte Rohstoffe [3], etwa Kartoffeln [4], Strom [5] oder Getreide [6] "aus dem Grundstück zu entrichten sind".
Aus einer Reallast kann sich auch die " Pflicht" eines Grundstückseigentümers ergeben, an seine Nachbarn (Wärme-)Energie zu liefern, die er in einem auf dem Grundstück betriebenen (Wärme-)Kraftwerk erzeugt [7].
Hält man es für zulässig, mit Hilfe einer Reallast Abnahmepflichten [8] als dingliche Lasten auszugestalten, so

---

1) BayObLGZ 1975/622f; so auch schon: RGZ 162/52,54ff;

2) BayObLG,ebenda; Haegele,Grundbuchrecht,Rz 576; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann,Grundbuchrecht,2.Aufl.,Berlin,1979, § 49 Rz 3;

3) Zur Zwangsvollstreckung s.u.

4) KG KGJ 22/A 303 ff; allgemein: Beyerle JZ 1955/257f;

5) OLG Frankfurt Rpfleger 1972/20 f;

6) OLG Schleswig DNotZ 1975/720; BGHZ 81/135,137;

7) BGH WM 1977/946 f; Linde,a.a.O., S.30 ff;

8) OLG Celle JZ 1979/268; so wohl auch: BayObLG Rpfleger 1976/397 a.E.; Linde BwNotZ 1980/1981, 29,33; a.A. Joost 1979/467 f;

erscheint es schließlich möglich, den gewerblichen Wettbewerb durch dieses dingliche Sicherungsmittel zu regeln [1]: Das Kaufhaus K kann an seinem Geschäftsgrundstück eine Reallast mit dem Inhalt bestellen, daß Waren eines bestimmten Lieferanten zu beziehen sind.

c) Da die "aus dem Grundstück zu erbringenden Leistungen" nicht in Natur aus diesem gewährt werden und auch nicht mit diesem in Beziehung stehen müssen, können auch schuldrechtliche Dienstverpflichtungen [2] durch Reallasten gesichert werden.

d) Diese Beispielsfälle mögen ausreichen, um den Anwendungsbereich der Reallast zu verdeutlichen. Da eine isolierte Reallast häufig nicht geeignet ist, sämtliche in der Praxis auftretenden Probleme zufriedenstellend zu lösen, kommt in diesen Fällen die Bestellung einer Sicherungsreallast in Betracht.

III) Die Zulässigkeit der Sicherungsreallast.

1) Im Rahmen der Untersuchung der "Sicherungsdienstbarkeit" wurde festgestellt, daß ein Nebeneinander von voll wirksamer und ausgeübter Dienstbarkeit und vollzogenem Schuldvertrag verwandten Inhalts nicht möglich ist, weil der belastete Eigentümer dem Berechtigten, der das Grundstück aufgrund der Dienstbarkeit nutzt, diese Nutzung nicht mehr in Erfüllung des Schuldvertrages gewähren kann [3].
Das Problem wurde zufriedenstellend gelöst, indem nicht die Rechte und Pflichten aus dem Schuldvertrag suspendiert wurden, sondern die Nutzungsbefugnis aus dem dinglichen Recht [4].

---

1) Dümchen,a.a.O., S. 426;
2) RG JW 1921/894 f; Dümchen,a.a.O.,S. 355,427;
3) S.o. B,III,2,c,dd,(1),(b);
4) S.o. B,III,3,b;

2) Ein ähnliches Problem scheint auch im Rahmen der Sicherungsreallast aufzutreten; bei dieser ist (ausnahmsweise) mit dem Verwertungsrecht ein Anspruch (§ 1108 BGB) verbunden [1]. Wenn sich E schuldrechtlich verpflichtet, dem B wiederkehrende Leistungen aus seinem Grundstück gegen die Erbringung einer Gegenleistung zu gewähren und ihm zur Sicherung dieses Anspruchs eine Reallast verwandten Inhalts bestellt, so erwächst dem B auch aus der Reallast ein Anspruch gegen E (§ 1108 BGB) [2]. Wenn B die Leistung aus dem Schuldvertrag fordert, muß er die Gegenleistung erbringen. Verlangt er aber die Leistung aus § 1108 BGB, so besteht keine Gegenleistungspflicht. Das gegenseitige Austauschverhältnis ist hier gestört. Außerdem besteht für E die Gefahr, von B zweimal in Anspruch genommen zu werden.

Das Problem könnte durch eine generelle Abbedingung der persönlichen Haftung aus § 1108 BGB gelöst werden. Diese hat jedoch Nachteile. Zum einen wird dem Berechtigten bei dem durchaus möglichen Auseinanderfallen von dinglicher Haftung und persönlicher Haftung (Schuld) [3] ein Zugriffsgegner genommen.
Außerdem gewährt § 1107 BGB kein Forderungsrecht gegen den Eigentümer.[4] Wurde die persönliche Haftung aus § 1108 BGB abbedungen und sind der Schuldner des zu sichernden Schuldvertrages und der belastete Eigentümer nicht identisch [5] - dieser Fall tritt zum Beispiel bei der Veräußerung des belasteten Grundstücks ohne gleichzeitige Schuldübernahme seitens des Erwerbers ein - [6] so kann der Realastberechtigte gegen den be-

---

1) BGH Rpfleger 1978/207;
2) Münchener Kommentar - Joost, § 1108 Rz. 2;
3) Wolff/Raiser,a.a.O., § 128 II c, S. 515;
4) Palandt-Bassenge, § 1107 Anm. 2, b;
5) s.u. C,IV,5 ;
6) s.u. C,IV,5 ,c;

lasteten Eigentümer nur die Zwangsvollstreckung (die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung) betreiben, mit der er auf das belastete Grundstück beschränkt ist [1]. In das übrige Vermögen des belasteten Eigentümers kann er aus § 1107 BGB nicht vollstrecken. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht [2] soll zudem eine Vollstreckung in Natur aus dieser Vorschrift nicht möglich sein.

Der Lösungsweg über die Abbedingung des § 1108 BGB ist demgemäß auch selten eingeschlagen worden. So wird vom Reichsgericht [3] das Bestehen der persönlichen Haftung aus § 1108 BGB neben der persönlichen Verpflichtung aus dem gesicherten Schuldvertrag herausgestellt. Der Bundesgerichtshof [4] hat das Verhältnis von § 1108 BGB zur schuldvertraglichen Verpflichtung im Rahmen eines Ausgleichsverhältnisses eingehend untersucht. Schließlich hat Joost festgestellt, daß bei der Sicherungsreallast die persönliche Haftung aus § 1108 BGB und die Verpflichtung aus dem Schuldvertrag verschiedene Wege gehen können [5].

Damit steht fest, daß die Abbedingung der persönlichen Haftung ungebräuchlich und unzweckmäßig ist. Vielmehr erscheint es angebracht, das Verhältnis von gesicherter Forderung zu Reallast ähnlich zu regeln wie das von Grundschuld zu gesicherter Forderung.
Danach ergibt sich aus dem Sicherungsvertrag, wann der Berechtigte aus dem dinglichen Recht (§§ 1107 f BGB) vorgehen darf [6]. Dies wird bei der Reallast erst dann der Fall sein, wenn der Schuldner (der Belastete) den fälligen Anspruch aus dem Schuldvertrag nicht erfüllt.

---

1) Prot III, S. 736; Münchener Kommentar-Joost, § 1108 Rz 1;

2) Dümchen, a.a.O., S. 381, 410;
Staudinger-Amann, § 1107 Rz 16;

3) RGZ 113/93, 103;

4) BGH NJW 1972/814 ff;

5) Münchener Kommentar-Joost, § 1108 Rz 2;

6) Huber, Die Sicherungsgrundschuld, Heidelberg, 1965, S. 84; s.u. C, IV, 2, a;

Die bei der "Sicherungsdienstbarkeit" dargestellten Schwierigkeiten des Nebeneinanders von Schuldrecht und Sachenrecht treten im Rahmen der Sicherungsreallast nicht auf.

IV Die Folgen der Sicherungsreallast.

1) Einleitung.

a) Nachdem gezeigt wurde, daß die Reallast ein potentiell zur Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche - insbesondere solcher aus einem Dauerschuldverhältnis - geeignetes und zulässiges Rechtsinstitut ist, sollen im Folgenden einzelne Probleme, die bei der Verwendung der Sicherungsreallast auftreten können, untersucht werden.
Die Sicherungsreallast ist im Gegensatz zur Hypothek und zur Sicherungsgrundschuld noch nicht Gegenstand eingehender Untersuchungen gewesen. Was die Sicherungsgrundschuld angeht, so sei hier nur [1] auf die Beiträge von Huber [2] "Die Sicherungsgrundschuld", Seckelmann [3] "Die Grundschuld als Sicherungsmittel", Petri [4] "Die Grundschuld als Sicherungsmittel für Bankkredite" und zuletzt auf Jäckle [5] "Die Sicherungsgrundschuld bei Störungen des Kreditverhältnisses" hingewiesen.
Auch die Praxis hatte sich weit häufiger mit den Grundpfandrechten Hypothek und Sicherungsgrundschuld zu befassen als mit der Sicherungsreallast.

---

1) Diese Aufzählung soll nur beispielhaft sein und erhebt keinesfalls Anspruch auf Vollständigkeit.

2) Huber, a.a.O;

3) Seckelmann, Die Grundschuld als Sicherungsmittel, Berlin, 1963;

4) Petri, Die Grundschuld als Sicherungsmittel für Bankkredite, Diss. Münster, 1975;

5) Jäckle, JZ 1982/50 ff;

Aus diesem Grund sind die Probleme, die im Rahmen dieser beiden Grundpfandrechte auftreten können, wenn auch nicht sämtlich gelöst, so doch jedenfalls erkannt und herausgearbeitet. Davon kann bezüglich der Sicherungsreallast nicht die Rede sein.
Bei der Untersuchung der Folgen der Sicherungsreallast erscheint es daher sinnvoll zu prüfen, ob und inwieweit die bereits bekannten Probleme der Grundpfandrechte auch im Rahmen dieses Sicherungsmittels auftreten können und ob auf herausgearbeitete Lösungen zurückgegriffen werden kann.

b) Die Gemeinsamkeiten.

Zu diesem Zweck sollen zunächst die Gemeinsamkeiten dargestellt werden, die die Grundpfandrechte mit der Reallast aufweisen [1]. Dies erscheint schon deshalb nötig, weil die Hypothek als akzessorisches Sicherungsmittel zum Teil ganz anderen Regeln folgt als die nichtakzessorische Sicherungsgrundschuld.

aa) Gemeinsamkeiten von Sicherungsreallast und Sicherungsgrundschuld [2].

Die Sicherungsreallast ist, ebenso wie die Sicherungsgrundschuld [3], nicht akzessorisch, ihr Bestand ist also nicht vom Entstehen oder Fortbestehen der gesicherten Forderung abhängig.
Die Reallast ist wie die Grundschuld zumindest auch ein dingliches Verwertungsrecht; sie hat also Sicherungscharakter [4]. Im Gegensatz zur Grundschuld gewährt die Reallast

---

1) Es werden jedoch nur solche Gemeinsamkeiten dargestellt, die für die weitere Untersuchung Bedeutung erlangen können.

2) RGZ 113/93, 103; 129/210, 216; BayOLGZ 1959/301, 304; Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 35; Staudinger-Amann, Vorbem. zu §§ 1105-1112 Rz 25;

3) Baur, a.a.O., § 44 I, S. 399, § 45 I 1, S. 406;

4) BGH Rpfleger 1978/207; Wolff/Raiser, a.a.O., § 2 III 2, S. 14;

jedoch zusätzlich einen persönlichen Anspruch gegen den belasteten Eigentümer (§ 1108 I BGB). Die Grundschuld dient der Kreditierung einer Kapitalschuld ("bestimmte Geldsumme", § 1191 I BGB), wogegen die Reallast zum Zwecke der laufenden Versorgung ("fortlaufende Leistungen", § 1105 I BGB) bestellt wird [1]. Während § 1192 I BGB für die Grundschuld eine generelle Verweisung auf das Hypothekenrecht fixiert, wobei allerdings den Besonderheiten, die durch die Nichtakzessorietät entstehen, Rechnung getragen wird, verweist § 1107 BGB nur hinsichtlich der einzelnen Leistung - insofern jedoch uneingeschränkt - auf die Vorschriften, die für die Zinsen einer Hypothekenforderung gelten.

Trotz der zuletzt aufgezeigten Unterschiede sind die Gemeinsamkeiten von Sicherungsreallast und Sicherungsgrundschuld in grundsätzlichen Dingen - etwa Nichtakzessorietät und Sicherungscharakter - beachtlich. Die Reallast ähnelt stark der Grundschuld in Form der Rentenschuld (§ 1199 I BGB). Dementsprechend wird auch, vor allem in der Kommentarliteratur [2], der Abgrenzung dieser beiden Rechtsinstitute relativ breiter Raum gewidmet.

Der Anwendungsbereich der Rentenschuld ist indessen eng. Diese wird in der Praxis durch die Tilgungshypothek und die Reallast verdrängt [3]. Daher war auch die Rentenschuld selten [4] Gegenstand umfassender Untersuchungen. Ein Rückgriff auf Grundsätze, die im Rahmen dieses dinglichen Rechts herausgearbeitet wurden, ist somit nicht möglich.

---

1) Rummel-Petrasch, § 530 Rz 2;

2) z.B. Palandt-Bassenge, Überbl. v. § 1105, Anm. 1 a;
BGB-RGRK-Rothe, Vor § 1105 Rz 7;
Staudinger-Amann, Vorbem. zu §§ 1105 - 1112, Rz 31;

3) Baur, a.a.O., § 47 II 1, S. 428;

4) Bauer, Die Reallast und die Rentenschuld, Diss. Breslau, 1904;

bb) Gemeinsamkeiten von Sicherungsreallast und Hypothek.

Die Vorschrift des § 1107 BGB trifft im Rahmen der Reallast eine Teilverweisung auf das Hypothekenrecht. Trotzdem erscheinen die Gemeinsamkeiten von Sicherungsreallast und Hypothek, verglichen mit denen von Sicherungsreallast und Sicherungsgrundschuld, gering. Zwar stimmen diese Rechte insoweit überein, als im Regelfall neben der dinglichen Haftung des Grundstücks auch eine persönliche Haftung besteht [1]. Jedoch tritt bei der Reallast die Schuld erst zur Haftung, während die Hypothek die Forderung gerade voraussetzt [2]. Die Hypothek dient der Sicherung einer bestimmten Geldsumme (§ 1113 I BGB) und ist vom Gesetzgeber als akzessorisches Sicherungsrecht ausgestattet. Im Gegensatz zur Sicherungsreallast kann die Hypothek grundsätzlich [3] nur zur Sicherung einer entstandenen und noch existenten Forderung, mit der sie unlösbar verbunden ist, dienen.

cc) Zwischenergebnis.

Damit kann festgestellt werden, daß die Sicherungsreallast der Sicherungsgrundschuld näher steht als der Hypothek. Dies ergibt sich insbesondere aus der Nichtakzessorietät von Sicherungsreallast und Sicherungsgrundschuld.
Bei der folgenden Untersuchung werden daher eher die Grundsätze der Sicherungsgrundschuld heranzuziehen sein als die der Hypothek. Dabei kann jedoch nicht einfach die Sicherungsgrundschuld mit der Sicherungsreallast gleichgesetzt werden. Vielmehr müssen die einzelnen Probleme, die im Rahmen des Stammrechts und der Einzelrechte aus der Reallast auftreten können, gesondert untersucht werden.

---

1) BGB-RGRK-Rothe, Vor § 1105 Rz 7;

2) BGB-RGRK-Rothe, Vor § 1105 Rz 7;

3) Baur, a.a.O., § 44 I, S. 399;

2) Die Reallast und der Sicherungsvertrag.

Darstellung des Sicherungsvertrages.

Wie bei der Sicherungsgrundschuld verpflichtet sich auch im Rahmen der Sicherungsreallast der Sicherungsgeber in einem Sicherungsvertrag, dem Sicherungsnehmer zur Sicherung einer bestimmten Forderung eine Reallast zu bestellen [1]. Dieser Sicherungsvertrag ist der Rechtsgrund, die causa, des dinglichen Geschäftes.
Mit der Sicherungsreallast wird dem Gläubiger (Berechtigten) eine fiduziarische Rechtsstellung eingeräumt [2]. Ein fiduziarisches Rechtsverhältnis (Treuhandverhältnis) liegt vor, wenn dem Treunehmer (dem Sicherungsnehmer) durch den Treugeber (den Sicherungsgeber, den Belasteten) nach außen hin ein Überschuß [3] an Rechtsmacht eingeräumt wird. Aus dieser Sicherungsabrede ergibt sich somit, wann der Berechtigte aus der Reallast vorgehen darf [4], nicht aber, wann er vorgehen kann [5].

---

1) Staudinger-Amann, Vorbem. zu §§ 1105-1112 Rz 25; Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 35; Palandt-Bassenge § 1105 Anm. 5 b; Münchener Kommentar-Eickmann § 1191 Rz 13;

2) Münchener Kommentar-Eickmann, § 1191 Rz 12;Felgenträger, Festschrift für J.v.Gierke, Berlin, 1950, S. 140, 146; Seckelmann, a.a.O. S. 65;

3) BGH NJW 1979/717; Medicus, a.a.O., Rz 488; Münchener Kommentar-Eickmann § 1191 Rz 12;

4) BGH NJW 1979/717;

5) Hier löst sich also das oben angesprochene Problem des Nebeneinanders von schuldrechtlichem Anspruch aus dem gesicherten Schuldvertrag und aus § 1108 BGB. Wann der Berechtigte aus § 1108 BGB vorgehen darf, richtet sich nach der Sicherungsabrede. Dies wird regelmäßig erst dann der Fall sein, wenn der Schuldner seinen Verpflichtungen aus dem Schuldvertrag nicht nachkommt.

a) Bestellung einer Reallast ohne wirksamen Sicherungsvertrag.

Liegt der Sicherungsreallast kein wirksamer Sicherungsvertrag zugrunde, so entsteht, sofern die dingliche Bestellung in Ordnung ist, gleichwohl eine wirksame Reallast. Dies ergibt sich aus dem Abstraktionsprinzip.
Da insoweit keine Abweichungen gegenüber der Sicherungsgrundschuld ersichtlich sind (es geht hier zunächst nur um das Stammrecht, § 1105 I BGB) scheinen die für diese Fallgestaltung im Rahmen der Sicherungsgrundschuld herausgearbeiteten Grundsätze entsprechend anwendbar zu sein.
Der Gläubiger (der Berechtigte) ist um das dingliche Recht (die Reallast, § 1105 I BGB) "sine causa" bereichert; der Treugeber kann es kondizieren (§ 812 I 1, 1. Fall BGB) [1].

b) Späterer Wegfall des Sicherungsvertrages.

Fällt der Sicherungsvertrag später weg, etwa wegen Eintritts einer auflösenden Bedingung [2] oder wegen Anfechtung [3], so entfällt auch der rechtliche Grund für die Leistung, für die Bestellung der Reallast.

---

1) Münchener Kommentar-Joost § 1105 Rz 35; Staudinger-Amann, Vorbem. zu § 1105-1112 Rz 25; Baur, a.a.O., § 35 II 2 a, S. 301;
2) Palandt-Thomas, § 812 Anm. 6 A.c.aa;
3) Palandt-Thomas, § 812 Anm. 6 A.c.bb, str.;

In diesem Fall steht dem Treugeber die condictio ob causam finitam zu (§ 812 I 2, 1. Fall BGB) [1].

c) Die Folgen, der Inhalt des Herausgabeverlangens.

Es bleibt zu prüfen, worauf sich das Herausgabeverlangen des Eigentümers aus § 812 I BGB richtet. Bei der Sicherungsgrundschuld ist anerkannt, daß der Herausgabeanspruch nach Wahl des belasteten Eigentümers auf Rückübertragung (§§ 1154, 1192 I BGB), Verzicht (§§ 1168, 1169, 1192 I BGB) oder auf Aufhebung (§ 875 BGB) gerichtet ist [2].
Im Falle der Aufhebung erlischt die Grundschuld, und die Rangstelle wird frei, während bei der Rückübertragung und beim Verzicht der belastete Eigentümer die Grundschuld als Eigentümergrundschuld erwirbt [3].

aa) Der Anspruch auf Aufhebung.

Ein Recht an einem Grundstück erlischt grundsätzlich durch Aufgabeerklärung seitens des Berechtigten und Löschung des Rechtes im Grundbuch (§ 875 I 1 BGB). § 875 BGB ist eine allgemeine Vorschrift über Rechte an Grundstücken [4] und gilt demgemäß auch für die Reallast [5].
Der Treugeber kann daher, sofern der Sicherungsvertrag nicht (mehr) besteht, verlangen, daß der Treunehmer (der Reallastberechtigte) die Aufgabeerklärung und die Löschungsbewilligung abgibt [6]. Damit erlischt die Reallast; die Rangstelle

---

1) Andere wenden auch in diesem Fall teilweise § 812 I,1, 1. Alt BGB an (Münchener Kommentar-Eickmann, § 1191 Rz 15);

2) OLG Saarbrücken, OLGZ 1967/102 f; Erman-Räfle, § 1191 Rz 8; Baur, a.a.O., § 45 II 1, S. 407;

3) Gerhardt, a.a.O., S. 107;

4) siehe insofern die Bezeichnung des Zweiten Abschnitts des 3. Buches, vor § 873 BGB;

5) Staudinger-Amann, § 1105 Rz 20;

6) Möglicherweise muß aber der Eigentümer zustimmen (§ 1183 BGB, Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 40;).

wird frei und die nachfolgenden Gläubiger rücken auf [1]. Insofern bestehen keine Unterschiede gegenüber der Sicherungsgrundschuld.

bb) Der Anspruch auf Rückübertragung.

Fraglich ist, ob dem Treugeber auch ein Anspruch auf Rückübertragung der Reallast zusteht, was zur Entstehung einer Eigentümerreallast führen könnte. Hier ist zunächst zwischen der subjektiv-dinglichen und der subjektiv-persönlichen Reallast zu unterscheiden (§ 1105 I, II BGB).

Die subjektiv-dingliche Reallast kann nicht von dem Eigentum an dem berechtigten Grundstück getrennt werden (§ 1110 BGB). Eine Übertragung dieser Reallast ist daher nur durch die Übertragung des berechtigten Grundstücks möglich [2]. Die Reallast ist ein Bestandteil des Grundstücks [3].
Da der Treugeber aber keinen Anspruch auf die Übertragung des berechtigten Grundstücks hat, kommt eine Rückübertragung hier nicht in Frage.
Vielmehr muß der Weg über die Aufhebung des Rechtes gewählt werden [4] (§ 875 BGB).

Die subjektiv-persönliche Reallast (§ 1105 I BGB) ist dagegen übertragbar, wenn der Anspruch auf die einzelne Leistung veräußert werden kann (§ 1111 I, II BGB). Die Übertragung richtet sich aber nicht nach den Bestimmungen des § 1154 BGB, denn für eine analoge Anwendung der Vorschrift besteht kein Bedürfnis. (Da die Erteilung eines Reallastbriefes ausgeschlossen ist, fände ohnehin die Vorschrift des § 873 BGB entsprechende Anwendung (§ 1154 III BGB)).

---

1) Gerhardt, a.a.O., S. 107;

2) Palandt-Bassenge, § 1110 Anm 2; RGZ 104/316, 318 f für das Vorkaufsrecht;

3) Münchener Kommentar-Holch, 2. Aufl. § 96 Rz 2;

4) s.o. unter aa);

Auch § 873 BGB gehört zu den "Allgemeine(n) Vorschriften über Rechte an Grundstücken" und kann somit im Rahmen der Reallast angewandt werden. Eine Regelungslücke ist nicht vorhanden. Die Übertragung der Reallast richtet sich also nach § 873 I BGB [1]. Damit wird der Besteller Inhaber der Reallast, denn gemäß § 889 BGB tritt bei Immobiliarsachenrechten keine Konsolidation ein, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks das Recht an dem Grundstück erwirbt.

Während lange umstritten [2] war, ob die Reallast als originäre Eigentümerreallast bestellt werden kann - zum Teil wurde ein Verstoß gegen den numerus clausus der Sachenrechte angenommen [3] - war die Entstehung der Eigentümerreallast im Wege des § 889 BGB schon immer anerkannt [4]. Verlangt der Treugeber also in Geltendmachung seines Anspruchs aus § 812 I BGB die Rückübertragung der Reallast, so erwirbt er, analog der Situation bei der Grundschuld, eine Eigentümerreallast [5] [6].

cc) Der Anspruch auf den Verzicht.

Dieser Linie folgend verlangt Joost [7], daß das Entstehen einer Eigentümerreallast immer dann angenommen werden sollte, wenn das Gesetz bei ähnlichen Fällen die Entstehung einer Sicherungsgrundschuld bestimmt, also auch bei dem Verzicht auf die Reallast [8], da bei der Sicherungsgrundschuld der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Grundschuld

---

1) Palandt-Bassenge, § 1111 Anm. 2b;

2) dafür: v.Lübtow, a.a.O., S. 355 Fn 98; Westermann, a.a.O., § 124 IV 1, S. 620; Palandt-Bassenge, § 1105 Anm. 3, c, Soergel-Baur, § 1105 Rz 16; Staudinger-Amann, § 1105 Rz 5; dagegen: RG JW 1936/3479; Planck-Strecker, § 1105 Anm 4;

3) RG, a.a.O;

4) Planck-Strecker, RGRK-Rothe, § 1105 Rz 9;

5) Münchener Kommentar-Joost § 1105 Rz 33, 35;

6) Damit ist aber noch nichts über das Schicksal des fällig werdenden Einzelrechts aus § 1107 BGB ausgesagt. Zum Teil wird hier ein Erlöschen analog § 1178 I 1 BGB befürwortet (KGJ 21 A 312, 315;). S.u. C IV 2;

7) Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 33; so wohl auch v. Lübtow, a.a.O. S. 355;

8) Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 40;

über §§ 1192,1168 f BGB als Eigentümerrecht erwirbt, sobald der Gläubiger auf das dingliche Recht verzichtet. Diese Gleichstellung soll sich aus der Wesensverwandtheit von Reallast und Grundschuld ergeben.
Die Ansicht von Joost wird überwiegend abgelehnt [1].
Rothe [2] folgert die Unanwendbarkeit des § 1168 BGB auf das Stammrecht aus § 1107 BGB. Da in dieser Vorschrift nur bezüglich der einzelnen Leistung auf das Hypothekenrecht verwiesen wird, sollen sämtliche hypothekenrechtlichen Grundsätze auf das Stammrecht (§ 1105 BGB) nicht anwendbar sein. Für diese Ansicht scheint auch zu sprechen, daß eine dem § 1192 I BGB entsprechende Vorschrift bei der Reallast fehlt.

Überwiegend [3] wird jedoch die Ansicht vertreten, durch § 1107 BGB werde die analoge Anwendung einzelner Vorschriften der §§ 1113 ff BGB auf das Stammrecht nicht ausgeschlossen. Dem ist zuzustimmen. § 1107 BGB trifft lediglich eine Verweisung auf die für die Zinsen einer Hypothekenforderung geltenden Vorschriften. Eine Bezugnahme auf die Vorschriften des Hypothekenkapitals, die im Rahmen des Stammrechtes Bedeutung erlangen, fehlt im § 1107 BGB. Damit spricht die Verweisung des § 1107 BGB nicht gegen eine Analogie.
Was den Verzicht betrifft, so soll nach herrschender Meinung § 1169 BGB auf das Stammrecht entsprechend anwendbar sein [4]. Der Eigentümer kann daher, weil ihm eine Einrede [5]

---

1) Palandt-Bassenge, § 1105, 3 c; Staudinger-Amann, § 1105 Rz 5, 23; RGRK-Rothe § 1107 Rz 2; Dümchen, a.a.O., S. 441 f, 462;

2) RGRK-Rothe § 1107 Rz 2;

3) Planck-Strecker, § 1107 Anm. 3; Dümchen, a.a.O., S. 441 f; Staudinger-Amann, § 1107 Rz 1; Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 7;

4) Dümchen, a.a.O., S. 441 f; Staudinger-Amann, § 1107, Rz 1, 24;

5) Zu den Einreden, s.u. C, IV,2 , d;

zusteht, durch welche die Geltendmachung der Reallast [1] dauernd ausgeschlossen wird, verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (§ 1169 BGB).
Die Folgen des Verzichts sollen sich jedoch nicht nach § 1168 I BGB richten, denn dieser findet nach Auffassung der herrschenden Meinung keine Anwendung [2]. Vielmehr soll "der Verzicht" nur gemäß § 875 BGB möglich sein, was nicht zum Entstehen einer Eigentümerreallast, sondern zum Erlöschen des dinglichen Rechts führe [3]. Sofern die Sicherungsreallast ein wiederverwendbares Sicherungsmittel ist, hat dies für den Belasteten nachteilige Auswirkungen, da der Wert eines Sicherungsmittels von seiner Rangstelle im Grundbuch abhängt und beim Erlöschen der Reallast nachrangige Gläubiger aufrücken, wodurch die Reallast nur noch nachrangig bestellt werden kann.
Der Streit zwischen Joost und der herrschenden Meinung wird nur im Rahmen der subjektiv-persönlichen Reallast aktuell. Denn durch § 1168 I BGB wird eine Trennung des Rechtes vom vormals berechtigten Grundstück vollzogen, eine Folge, die im Rahmen der subjektiv-dinglichen Variante der Reallast unzulässig ist (§ 1110 BGB).

Untersucht man die Literaturstimmen, die eine analoge Anwendung des § 1168 I BGB auf das Stammrecht verneinen, so fällt auf, daß eine Begründung für diesen Standpunkt häufig fehlt [4]. Lediglich Dümchen [5] und Amann [6] begründen ihre Auffassung.

Dümchen führt aus, der Gesetzgeber habe eine zu weite Ausdehnung der Eigentümerrechte ausschließen wollen, worauf auch der Umstand hindeute, daß § 880 BGB die Zustimmung des Eigentümers zur Rangänderung zwar bei der Hypothek, nicht aber bei der Reallast fordere [7]. Für Dümchen ist

---

1) Damit ist die Geltendmachung gegen jedes Einzelrecht gemacht, s.u. C, IV, 2, d;

2) Dümchen, a.a.O., S. 442, 462; Palandt-Bassenge, § 1105 Anm. 3c;

3) Staudinger-Amann, § 1105 Rz 23;

4) Planck-Strecker, § 1107 Anm 3 und 3 d (dort allerdings hinsichtlich der Ablösesumme); Palandt-Bassenge, § 1105 Anm 3c;

5) Dümchen, a.a.O., S. 442, 462;

6) Staudinger-Amann, § 1107 Rz 25;

7) Dümchen, ebenda;

die Unanwendbarkeit des § 1168 BGB im Rahmen des Einzelrechts - seine Überlegungen scheinen jedoch auch beim Stammrecht Geltung zu beanspruchen - somit lediglich eine Folge der starken Einschränkung der Entstehensgründe einer Eigentümerreallast.

Dümchen hat seine Ansicht vor dem Jahr 1909 gebildet, also zu einer Zeit, in der die Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit nach Ansicht des Reichsgerichtes [1] nicht möglich war. Spätestens seit 1933 steht aber fest [2], daß die Entstehung von Eigentümerrechten außer über § 889 BGB auch im Wege originärer Bestellung möglich ist, und zwar auch in den Fällen, in denen §§ 1009, 1196 BGB keine Anwendung finden. Der Bundesgerichtshof [3] hat schließlich auch bei einem subjektiv-persönlichen Recht, einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die originäre Begründung eines Eigentümerrechtes zugelassen. Und Westermann [4] hat erklärt, es sei kein Grund ersichtlich, die Reallasten insoweit anders zu behandeln als die Dienstbarkeiten.
Mit der Argumentation, § 1168 BGB könne nicht auf das Stammrecht angewandt werden, weil eine Eigentümerreallast nur über § 889 BGB entstehen dürfe und könne, kann die herrschende Meinung somit nicht begründet werden.
Aus diesem Grund ist auch Dümchens Bezugnahme auf § 880 II BGB nicht stichhaltig.

Fraglich ist aber, ob die Nichtanwendbarkeit des § 1168 BGB mit Amanns [5] Begründung bejaht werden muß. Dieser behauptet - freilich im Rahmen der Untersuchung des Einzelrechtes aus § 1107 BGB -, für die Begründung von Eigentümerrechten hinsichtlich einzelner Leistungen bestehe bei der Reallast kein Bedürfnis, "da sie als (mehrfach verwend-

---

1) RGZ 47/202, 210;
2) RGZ 142/231, 234 ff;
3) BGHZ 41/209, 211;
4) Westermann, a.a.O., § 124, IV, 1, S. 620;
5) Staudinger-Amann, § 1107 Rz 25;

bares) Kreditsicherungsmittel weder konzipiert wurde [1] noch praktisch eine Rolle spielt." [2] Für diese Ansicht scheint auch die im ersten Entwurf [3] zum BGB getroffene Feststellung zu § 1191 (heute: § 1168 BGB) zu sprechen:

"Während aber bei dem Vorkaufsrecht ....,den Dienstbarkeiten und den Reallasten es zur Löschung genügend ist, daß der Berechtigte gegenüber (...) dem Grundbuchamte erklärt, daß er das Recht aufgebe, kann die Hypothek auf die einseitige Erklärung des Gläubigers nicht gelöscht werden, wenn man davon ausgeht, daß sie nicht notwendig mit dem Recht erlischt. Vielmehr muß die Erklärung des Eigentümers hinzukommen, weil diesem sonst die Möglichkeit entzogen würde, die Hypothek zu erwerben."

Diese Textstelle zeigt eindeutig, daß die Verfasser des ersten Entwurfs eine Aufrechterhaltung von Reallast und Dienstbarkeiten in der Hand des belasteten Eigentümers als nicht erforderlich ansahen. Die in den Motiven angesprochene Auffassung ist aber nicht maßgebend, wenn das Gesetz selber eine andere Auslegung gestattet und diese den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen sowie der Sonderart des Rechtes entspricht [4].

---

1) Obgleich Amann seine These im Rahmen des Einzelrechts aufstellt, beansprucht sie auch bezüglich des Stammrechtes Geltung. Das zeigt sich schon daran, daß Amann davon spricht, daß sie (die Reallast) als Sicherungsmittel konzipiert wurde.

2) Staudinger-Amann, § 1107 Rz 25;

3) Mot III, 719; siehe auch Mot III 594;

4) RGZ 142/231, 236, 238;

An dieser Feststellung ist die Zulässigkeit einer Analogie des § 1168 BGB zu messen.

Was die Voraussetzung der Gestattung einer anderen Auslegung durch das Gesetz selbst betrifft, so ist deren Vorliegen zu bejahen. Es wurde festgestellt, daß § 1107 BGB die analoge Anwendung hypothekenrechtlicher Vorschriften auf das Stammrecht nicht verbietet. Auch das Fehlen einer den Vorschriften der §§ 1192 I, 1200 I BGB entsprechenden Bestimmung im Rahmen des Reallaststammrechtes steht der Analogie nicht entgegen, denn zum einen hat die Tatsache des Nichtvorhandenseins einer den §§ 1192 I, 1200 BGB adäquaten Vorschrift im Rahmen der Dienstbarkeiten das Reichsgericht [1] und den Bundesgerichtshof [2] nicht gehindert, die Zulässigkeit der Bestellung einer Eigentümerdienstbarkeit zu bejahen.
Zum anderen war sich der Gesetzgeber des BGB über den Charakter der Reallast noch nicht im Klaren und legte sich demgemäß noch nicht auf eine eindeutige dogmatische Einordnung fest. Die Reallast wurde als dingliche Belastung [3] eines Grundstücks definiert; obgleich schon früh [4] die Ähnlichkeit mit den Grundpfandrechten herausgestellt wurde, ließ man offen [5], ob sie den Nutzungsrechten oder den Verwertungsrechten zugeordnet werden sollte [6]. Einen Grund für die Unsicherheit bezüglich der dogmatischen Einordnung stellt die deutschrechtliche Herkunft der Reallast dar [7].

---

1) RGZ 142/231, 234 ff;

2) BGHZ 41/409, 410 f;

3) Mot III, S. 573; Prot III, S. 730;

4) Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts, Berlin, 1917, S. 88; Pfüger, AcP 81 (1893), 292, 303; Dümchen, a.a.O., S. 357; Prot III, S. 731;

5) Mot III, S. 572 f;

6) s.o. C, I; C, II, 1;

7) s.o. C, I, 1;

Auch die gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnisse erfordern eine entsprechende Anwendung des § 1168 BGB [1].
Die Auswirkungen einer Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse auf dingliche Rechte seien zunächst anhand der Dienstbarkeit und der Grundschuld beispielhaft verdeutlicht.
Das Reichsgericht [2] hat im Rahmen der Grunddienstbarkeit ausgeführt, die Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit sei heute (1933) nötig, um den Vorschriften der örtlichen Bauordnungen zu genügen und den Wert eines Grundstücks vor einer Beleihung zu erhöhen. Diese Bedürfnisse hätten früher nicht bestanden.
Auch im Rahmen der Grundschuld haben gravierende Umwälzungen stattgefunden. Hier sei auf die Entstehung der Sicherungsgrundschuld hingewiesen. Dieses Rechtsinstitut, dem Gesetzgeber noch unbekannt [3], hat die Hypothek zum Teil verdrängt [4]. Die Grundschuld war ursprünglich dazu gedacht, die Aufnahme von Kapital ohne Begründung einer persönlichen Haftung zu ermöglichen [5], während die Sicherungsgrundschuld eine zu sichernde persönliche Schuld gerade voraussetzt.
In die gleiche Richtung ist die Entwicklung bei der Reallast gegangen. Statt der isolierten Reallast, die als Nutzungsrecht [6] im weitesten Sinn angesehen werden könnte, wird die Reallast immer öfter zur Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche auf fortlaufende Leistungen eingesetzt [7].

---

1) so der Gedanke des Reichsgerichts in RGZ 142/231, 236;

2) RGZ 142/231, 238;

3) Baur, a.a.O., § 45, I, 1, S. 406;

4) Baur, a.a.O., § 45, I, 1, d, S. 407;

5) Mot III, S. 610, 780;

6) s.o. C, II, 1, a und S. 117, Fn. 4;

7) RGZ 129/210, 216; BGH NJW 1972/814 ff; BGH DNotZ 1975/158 f; BayObLG Rpfleger 1981/22 f; Staudinger-Amann, Vorbem. zu §§ 1105-1112 Rz 25; Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz. 2;

Die Reallast hat sich damit der Sicherungsgrundschuld angeglichen. Der Bundesgerichtshof [1] sieht demgemäß die Reallast als Verwertungsrecht an.
Ein Verwertungsrecht bietet aber nur dann ausreichende Sicherheit, wenn es möglichst vorrangig bestellt und eingetragen wird [2]. Der Eigentümer, der die Reallast an seinem Grundstück bestellt hat, kann deshalb ein Interesse daran haben, dieses Recht, welches er über § 812 I BGB, § 1168 BGB analog zurückerhält, an einen Dritten zu übertragen und damit wieder zu verwenden [3], ohne daß nachrangige Gläubiger die günstige Rangstelle einnehmen.
Eine Anwendbarkeit des § 1168 BGB auf das Stammrecht [4] entspricht damit den Erfordernissen des gegenwärtigen Geschäftsverkehrs [5].
Die Ablehnung der Analogie kann also nicht mit Amanns Argumentation [6] begründet werden.

Als dritte Voraussetzung hat das Reichsgericht verlangt, daß die Analogie der Sonderart des Rechtes entspricht [7].
Die analoge Anwendung des § 1168 BGB kann nicht schon wegen der fehlenden Akzessorietät der Sicherungsreallast verneint werden, denn diese Vorschrift findet auch im Rahmen der Sicherungsgrundschuld Anwendung [8].
Auch die Tatsache, daß aus der Reallast im Gegensatz zur Hypothek und zur Grundschuld nur wegen der Einzelleistungen (§ 1107 BGB) in das Grundstück vollstreckt werden kann [9], ist hier unbeachtlich, denn § 1168 BGB betrifft den Fall der Vollstreckung nicht. Sinn des § 1168 BGB ist es, dem Eigen-

---

1) BGH Rpfleger 1978/207;

2) Baur, a.a.O., § 17 A I, 1, 2, S. 142;

3) Allerdings scheint die Übertragung nur insoweit möglich zu sein, als die Einzelrechte noch nicht fällig sind, s.u. C, IV,3,b,bb;

4) Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 40;

5) So die Prämisse des Reichsgerichts in RGZ 142/231, 236;

6) Staudinger-Amann, § 1107 Rz 25;

7) RGZ 142/231, 236;

8) Gerhardt, a.a.O., S. 107;

9) BayObLG NJW 1959/1876 f; Münchener Kommentar-Joost, § 1105, Rz 45;

tümer in dem Fall, in dem der Gläubiger sich seiner hypothekarischen Sicherung begibt, die Rangstelle freizuhalten und andere Gläubiger mit ihren Grundpfandrechten nicht aufrücken zu lassen [1]. Die Anwendung des § 1168 BGB auf das Reallaststammrecht entspricht also auch der Sonderart der Reallast [2].
Damit ist festgestellt, daß der Eigentümer aus § 812 I BGB auch den Verzicht des Berechtigten auf die Reallast verlangen kann (§ 1168 BGB analog [3]).

d) Die Einreden des Eigentümers bei der Inanspruchnahme aus der Reallast.

Aus der Reallast kann grundsätzlich [4] nur wegen jeder einzelnen Leistung vorgegangen werden. Dies wurde bereits erwähnt. Fraglich ist, ob der Treugeber, der die Reallast trotz des unwirksamen Sicherungsvertrages wirksam bestellt hat, die einzelne, fällige Leistung erbringen muß (§ 1108 BGB), wenn er die Zwangsvollstreckung (§ 1107 BGB) vermeiden will [5]. Dies ist zu verneinen. Dem Treugeber steht hier die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung zu [6] (§ 821 BGB), denn der Treunehmer ist um die Verbindlichkeit, die Reallast, ungerechtfertigt bereichert.[7]

---

1) Prot III, S. 602 f;

2) Die Voraussetzungen einer Analogie, nämlich das Vorliegen einer Gesetzeslücke und eines ähnlich gelagerten Falles, sind damit gegeben.

3) Damit wird die Reallast in dieser Hinsicht sehr stark der Rentenschuld angeglichen. Das erscheint jedoch angemessen, zumal die Reallast die Rentenschuld schon weitgehend verdrängt hat.

4) Hier sei der Fall des Verlangens einer Ablösesumme nicht untersucht.

5) Baur, a.a.O., § 45 IV 2, Fn. 3, S. 415;

6) A.A. Fikentscher (a.a.O., § 101 III 2, S. 615) der das Leistungsverweigerungsrecht aus § 242 BGB herleiten will. S.o. S. 99, Fn. 1;

7) Erman-Seiler (für den ähnlichen Fall der Leibrente) § 759 Rz 10; Baur, a.a.O. § 45 II 1, S. 407;
Palandt Thomas, § 821, Anm. 1;

Dabei spielt es keine Rolle, ob man die Einzelleistungen als Erträge, als Früchte (§ 99 II BGB) [1] oder als Inhalt [2] der Reallast betrachtet, wobei wiederum unklar ist, ob das Stammrecht die Quelle [3] oder die Summe [4] der Einzelleistungen darstellt. Denn die Herausgabepflicht und damit auch die Befugnis zur Leistungsverweigerung (§ 821 BGB) erstreckt sich gemäß § 818 I BGB auch auf die gezogenen Nutzungen.
Im Falle der Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages kann der Belastete den Rechten aus §§ 1107, 1108 BGB die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung entgegensetzen.

e) Die Kondiktion des Einzelrechts bei Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages.

Wenn der belastete Eigentümer im Falle der Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages die Reallast als solche (§ 1105 BGB), also das Stammrecht herausverlangen kann, so muß es ihm erst recht möglich sein, nur ein Einzelrecht (§§ 1107 f BGB) zu kondizieren. Ein derartiges Vorgehen des Eigentümers ist jedoch kaum vorstellbar, ist er doch weiterhin dem Zugriff des Berechtigten hinsichtlich der übrigen Einzelrechte ausgesetzt. Die Frage nach der Zulässigkeit und den Folgen der Kondiktion des Einzelrechtes wird vielmehr erst dann aktuell, wenn der Berechtigte nur dieses und nicht die gesamte Reallast herausverlangen kann [5].

---

1) Münchener Kommentar-Holch, 2. Aufl. § 99 Rz 7;

2) RGZ 104/272/273;

3) RGZ 75/161, 163; RGRK-Rothe § 1105 Rz 2; Wolff/Raiser, a.a.O., § 128 II 1, S. 512 f;

4) v. Schwind, IherJb 33 (1894) 1, 122;

5) Dieses Problem wird demgemäß auch erst an dieser Stelle behandelt, s.u. C IV 3 b;

3) Die Reallast und die gesicherte Forderung.

Das Verhältnis von Reallast und Sicherungsab - rede entspricht in vielerlei Hinsicht dem von Grundschuld und Sicherungsabrede. Im Falle der Un - wirksamkeit des Sicherungsvertrages kann der Belastete das dingliche Recht kondizieren. Der Geltendmachung des dinglichen Rechts kann die Bereicherungseinrede entgegengehalten werden (§ 821 BGB). Abgesehen von der Tatsache, daß bei der Reallast nur wegen des Einzelrechts vollstreckt werden kann, bereitet die Aufspaltung dieses dinglichen Rechts insofern keine Schwierigkeiten.
Etwas anderes scheint allerdings hinsichtlich des Verhältnisses von Reallast zu gesicherter Forderung zu gelten. Die Reallast eignet sich zur Sicherung von Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen, also von solchen aus Teillieferungsverträgen und Sukzessivlieferungsverträgen [1]. Bei den Sukzessivlieferungsverträgen (den Dauerschuldverhältnissen) ist zwischen dem gesamten Vertrag und den einzelnen Leistungen ähnlich wie bei der Reallast zu unterscheiden [2].
Es erscheint nun möglich, daß hinsichtlich einer Einzelleistung Probleme auftreten, der gesamte Vertrag (als solcher) jedoch unberührt fortbesteht. Andererseits kann aber auch dem gesamten Vertrag ein Mangel anhaften.
Dies sei an einem kurzen Beispiel verdeutlicht:

E hat sich verpflichtet, dem B täglich x m^3 Sand [3] zu einem Preis von Y DM/m^3 zu liefern. Zur Sicherung des Anspruchs des B hat er diesem an seinem Grundstück eine Reallast verwandten Inhalts bestellt.

---

1) Fikentscher, a.a.O., § 8, 7, a, b, c, S. 31 f;

2) Fikentscher, a.a.O., § 8, 7, c, S. 32;

3) Wobei nicht nötig ist, daß der Sand auf dem Grundstück des E abgebaut wird oder gelagert ist.

Sofern der gesamte Schuldvertrag unwirksam ist, etwa weil E zur Zeit des Vertragsschlusses geschäftsunfähig war (§§ 104 Nr. 2, 105 I BGB), ist zu untersuchen, welche Folgen das für das Stammrecht der Reallast - und demgemäß natürlich auch für das Einzelrecht - hat.
Es ist aber auch möglich, daß nur ein Anspruch auf eine Einzelleistung nicht besteht (§§ 275, 324 BGB) oder einredebehaftet ist (§ 320 I 1 BGB). Hier scheint in erster Linie das Einzelrecht betroffen zu sein.

a) Die Problematik beim Stammrecht (§ 1105 BGB).

Auch bei der Darstellung des Verhältnisses von Reallast (Stammrecht) zu gesicherter Forderung erscheint es sinnvoll, die im Rahmen der Sicherungsgrundschuld herausgearbeiteten Problemlösungen heranzuziehen und deren Übertragbarkeit zu untersuchen.

aa) Endgültiges Nichtentstehen der Forderung.

Kommt die durch die Reallast zu sichernde Forderung nicht zur Entstehung - wobei allerdings die Nichtvalutierung nicht als Beispiel genannt werden kann, weil nicht die Sicherung eines Darlehens erstrebt ist -, so ist § 1163 I 1 BGB nicht analog anwendbar [1]. Denn diese Vorschrift beruht auf der Akzessorietät der Hypothek und findet bei den nichtakzessorischen Rechten Sicherungsreallast und Sicherungsgrundschuld keine Anwendung [2].
Im Rahmen der Sicherungsgrundschuld - und auch bei der Sicherungsreallast kann nichts anderes gelten [3] - besteht weiterhin Einigkeit, daß der belastete Eigentümer in diesem Fall die Herausgabe des dinglichen Rechtes verlangen kann.

---

1) Sorgel-Baur, § 1105 Rz 4; Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 35; a.A. v. Lübtow, a.a.O., S. 355;

2) Baur, a.a.O., § 35 II 2, a, S. 301, § 45 II 2, S. 408;

3) Uneingeschränkt gilt dies allerdings nur für die subjektiv-persönliche Reallast. S.o. C, IV, 2, c, bb, cc;

Der Anspruch richtet sich auf Verzicht, Rückübertragung oder Aufhebung [1]. Streitig ist allerdings, auf welche Anspruchsgrundlage der Belastete sein Herausgabeverlangen gründen kann.

Bei der Sicherungsgrundschuld wird zum Teil vertreten, der Treugeber könne seinen Anspruch aus dem Sicherungsvertrag herleiten. Wenn schon der Sicherungsvertrag die Verpflichtung des Gläubigers zur Rückübertragung der Grundschuld im Falle der Darlehensrückzahlung enthalte,so könne eine Abrede dahingehend ausgelegt werden, daß eine solche Rückgewährpflicht auch im Falle des Nichtentstehens der Forderung eintrete [2].

Baur [3] meint, der Eigentümer könne unter den Voraussetzungen der §§ 325 f BGB vom Sicherungsvertrag zurücktreten und die Rückübertragung der Grundschuld verlangen.
Nach seiner Ansicht ist der Sicherungsvertrag ein gegenseitiger Vertrag, so daß die Vorschriften des Synallagmas Anwendung finden [4].

Schließlich wird vertreten, auch im Falle des Nichtentstehens der Forderung könne der Eigentümer die Grundschuld kondizieren, wobei streitig ist, ob eine condictio indebiti (§ 812, I, 1, Fall 1 BGB) bzw. eine condictio ob causam finitam (§ 812, I, 2, Fall 1 BGB) oder eine condictio ob rem (§ 812, I, 2, Fall 2 BGB) gegeben ist.

---

1) Gerhardt, a.a.O., S. 107; Münchener Kommentar-Eickmann, § 1191 Rz 81; Palandt-Bassenge, § 1191 Anm. 3, d. bb, e; Baur, a.a.O., § 45 II, 2, S. 408, der allerdings nur einen Anspruch auf Rückübertragung gewähren will.

2) Palandt-Bassenge, § 1191 Anm. 3, d, bb;

3) Baur, a.a.O., § 45 II 2, S. 408; Felgenträger, a.a.O., S. 147;

4) Baur, a.a.O., § 45, II, 2, S. 408; Felgenträger, a.a.O., II, A, S. 147; Medicus, a.a.O., Rz. 496;

Nach Küchler [1] ist der Sicherungsvertrag hier auf eine unmögliche Leistung, nämlich auf die Sicherung einer nicht vorhandenen Forderung, gerichtet und deshalb nach § 306 BGB nichtig, wodurch auch die causa für die Grundschuldbestellung fehlt.
Für die condictio ob rem spricht nach Ansicht von Weber [2], daß die causa, die Sicherungsabrede, zwar nicht nichtig ist, der mit der Grundschuld bezweckte Erfolg jedoch nicht erreicht werden kann, da die Forderung nicht entstanden ist.

Der Bundesgerichtshof hat keine klare Entscheidung getroffen. Er hat wiederholt erklärt, der Rückübertragungsanspruch ergebe sich entweder aus der Sicherungsabrede oder aus § 812 BGB [3].
Dieselbe Problematik scheint auch im Rahmen der Sicherungsreallast aufzutreten. Westermann [4] hat die These aufgestellt, das Verhältnis der Reallast zur gesicherten Forderung entspreche dem der Grundschuld zur gesicherten Forderung. Er verweist demgemäß auf "alles zur Sicherungsgrundschuld Gesagte" [5].
In dieser Absolutheit ist die Verweisung jedoch unrichtig. Zwar wird auch bei der Sicherungsreallast teilweise vertreten, die Reallast könne im Fall des Nichtentstehens der zu sichernden Forderung kondiziert werden [6]; nach anderer Ansicht soll sich der Rückgewähranspruch aus der Sicherungsabrede ergeben [7].

---

1) Küchler, Die Sicherungsgrundschuld, Berlin, 1939, S. 27; wohl auch: Weitnauer DNotZ 1976/761; im Ergebnis: Huber, a.a.O., S. 92; Jäckle, JZ 1982/50, 56;

2) Weber, AcP 169 (1969) 237, 244 f; Wolff/Raiser, a.a.O., § 128 I, S. 511; Münchener Kommentar-Eickmann, § 1191 Rz 16;

3) BGH BB 1967/1144; BGH WM 1967/955, 957; so auch: Gerhardt, a.a.O., S. 107; Westermann, a.a.O., § 115 III, S. 575; RGRK-Dempewolf, (11. Aufl.) § 1191 Anm. 4;

4) Westermann, a.a.O., § 124 IV 4, S. 619; ähnlich: Münchener Kommentar-Joost § 1108 Rz 2;

5) Westermann, a.a.O., ebenda;

6) Wolff-Raiser, a.a.O., § 128 I, S. 511; Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz. 35;

7) Staudinger-Amann, Vorbem. zu §§ 1105-1112 Rz 25;

Im Gegensatz zur Sicherungsgrundschuld erscheint hier jedoch eine eindeutige Lösung des Problems möglich.

Gegen den Lösungsweg über die ergänzende Vertragsauslegung [1] spricht, daß die Parteien beim Vertragsschluß den hier behandelten Störungsfall regelmäßig nicht mit in ihre Überlegungen einbezogen haben [2]. Die ergänzende Vertragsauslegung ist aber nur da zulässig, wo sich das Auslegungsergebnis aus der von den Parteien "im Vertrag gesetzten und gleichsam zu Ende gedachten Regelung" [3] herleiten läßt. Ein unbegrenzter Rückgriff auf den hypothetischen Parteiwillen ist dagegen unzulässig [4]. Bei der Bestellung der Reallast gingen die Parteien vom Bestehen der Forderung aus.

Auch der von Baur vertretenen Lösung über die §§ 320 ff BGB kann nicht gefolgt werden [5]. Denn der Sicherungsvertrag ist kein gegenseitiger Vertrag [6]. Die Bestellung der Reallast ist niemals die Gegenleistung für die Leistung (Zahlung) des Berechtigten. Dieser zahlt vielmehr,um den Sand zu erhalten (um das obige Beispiel wieder aufzugreifen). Insofern liegt ein gegenseitiger Vertrag vor. Durch die Bestellung der Reallast soll nur sekundär die Sicherheit des Berechtigten erhöht werden [7]. Die Tatsache, daß der Vertrag möglicherweise ohne die dingliche Sicherheit nicht zustande gekommen wäre, begründet noch keine synallagmatische Verknüpfung von Reallastbestellung und Gegenleistung (Zahlung) [8].

---

1) Palandt-Bassenge, § 1191 Anm 3, d, bb;

2) Weber AcP 169 (1969), S. 237, 243; Jäckle JZ 82/50, 54;

3) Jäckle, a.a.O., S. 54;

4) Palandt-Heinrichs, § 157 Anm 2 e;

5) Baur,a.a.O.,II,2,S.408;Felgenträger,a.a.O.,S.147;

6) Seckelmann, a.a.O., S. 128 f; Huber, a.a.O., S. 84, 94, Lopau, JuS 1976/315, 317 Fn 8; Weirich, JuS 1980/188, 190, Fn 35; Palandt-Bassenge, § 1191 Anm 3 b; Münchener Kommentar-Eickmann, § 1191 Rz 14;

7) Seckelmann, a.a.O., S. 129;

8) Jäckle, a.a.O., S. 52;

Das Herausgabeverlangen kann aber möglicherweise auf § 812 I 1,1.Halbs. BGB (condictio indebiti) gestützt werden.
Hier sei noch einmal betont, daß nicht die Forderung,sondern der Sicherungsvertrag die causa der Reallast ist [1].
Dies vertritt auch Küchler [2]; er nimmt allerdings an, die condictio indebiti sei (auch) hier gegeben, da der Sicherungsvertrag auf eine unmögliche Leistung ge - richtet und damit gemäß § 306 BGB nichtig sei,sobald die zu sichernde Forderung nicht mehr entstehen kann.

Ähnlich argumentiert Jäckle [3], der zur Anwendung des § 812 I 1,1.Halbs. BGB über die Grundsätze der Zweckstörung und Zweckverfehlung gelangt. Er sieht den Sicherungs - vertrag richtig als unvollkommen zweiseitig verpflichten- den Vertrag an [4]: Mit dem Nichteintritt des Sicherungs- zweckes, dem Nichtentstehen der Forderung, soll der Sicherungsvertrag als Ganzer gegenstandslos und sinnlos sein. Er behauptet, der Sicherungszweck sei mittlerweile kein bloßes Motiv für den Sicherungsvertrag, sondern ein strukturell- typischer Geschäftszweck, der gewohnheits- rechtlich verfestigt sei [5]. Die Herbeiführung des Sicherungserfolges sei ein über die bloße Herbeiführung eines Leistungserfolges hinausgehender, von beiden Parteien beabsichtigter Geschäftszweck. Die Verfehlung des Sicherungszweckes des Sicherungsvertrages führe dazu, daß das dingliche Recht " sine causa " bestellt werde.

Der Ansicht Küchlers kann nicht gefolgt werden, denn er verwechselt den"Vertragszweck" mit der "causa" [6]. Zwar ist seine Schlußfolgerung korrekt, wenn er feststellt, daß bei Nichtigkeit des Sicherungsvertrages die causa fehlt. Der Sicherungsvertrag ist indessen nicht nichtig.

---

1) Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 3,35;

2) Küchler,a.a.O., S. 27; so auch: Esser, Schuldrecht AT Karlsruhe 1970, § 4 II 3, S. 19;

3) Jäckle, a.a.O., S. 55 f;

4) ebenda; Münchener Kommentar-Eickmann, § 1191 Rz 4;

5) Jäckle, a.a.O., S 55 f;

6) Weber, a.a.O., S. 243;

In der Sicherungsabrede hat sich der Eigentümer nicht zur Sicherung einer Forderung, sondern zur Bestellung der Reallast verpflichtet, die ihm auch ohne Zweifel noch möglich war, denn er hat diese Verpflichtung schließlich erfüllt. Damit liegt ein Rechtsgrund für die Bestellung vor [1]. Lediglich der weitergehende Zweck, die Sicherung des Anspruchs, ist nicht mehr erreichbar. Dieser Zweck ist aber nicht die causa.

Auch Jäckles Auffassung verdient keine Zustimmung. Seine Aufwertung einzelner Motive der Vertragsparteien zu einem strukturell- typischen Geschäftszweck, mit der Konsequenz der Gegenstandslosigkeit des Vertrages im Falle deren Fehlens, führt zu Rechtsunsicherheiten, weil häufig nicht feststeht, ob ein Vertrag wirksam ist oder nicht. Die causa, die einem dinglichen Recht zugrundeliegt, wird durch diese Aufblähung der Gründe, die zu ihrem Fortfall führen können, immer stärker angreifbar.
Auch bereitet die Abgrenzung der Unmöglichkeitstatbestände (§§ 323 ff BGB) von der Lehre der Zweckverfehlung erhebliche Schwierigkeiten [2]. Gleiches gilt für das Verhältnis von Zweckverfehlung/ Zweckfortfall und Zweckvereitelung.
Während es beim Zweckfortfall darum geht, daß die Leistung nicht mehr erbracht werden kann, weil etwa das Leistungssubstrat fehlt [3], ist im Falle einer Zweckvereitelung die Leistung noch durchaus möglich, hat aber für den Gläubiger ihren Sinn verloren, weil der Gläubiger mit der Leistung seine ursprünglichen Zwecke nicht mehr verwirklichen kann [4].
Damit liegt es aber nahe, im vorliegenden Fall eher eine Zweckvereitelung als eine Zweckverfehlung anzunehmen, denn der Eigentümer kann die Reallast durchaus noch bestellen; lediglich der bezweckte Erfolg, die Sicherung der For-

1) Weber,ebenda; Jäckle,a.a.O., S. 56, Fn. 112;

2) siehe dazu: Medicus,a.a.O.,Rz 159f; ähnlich: Köhler,Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971, S. 197;

3) Esser, a.a.O., § 35 1, S. 222 f;

4) Münchener Kommentar - Emmerich, 2.Aufl., Vor. § 275 Rz 30;

derung, kann nicht mehr erreicht werden [1].

Jäckles Ansicht, wonach das Problem über die Grundsätze der Zweckverfehlung bzw. des Zweckfortfalles zu lösen ist, kann somit nicht zugestimmt werden.
Allerdings bleibt zu prüfen, ob nicht wegen der möglichen Zweckvereitelung ausnahmsweise ein Anwendungsfall der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gegeben ist [2].
Die Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts scheinen hier vorzuliegen:

- mindestens der Eigentümer hat beim Vertragschluß und bei der Bestellung der Reallast vorausgesetzt, daß die zu sichernde Forderung besteht oder entsteht;
- dies war für den Eigentümer auch so wichtig, daß er das Recht nicht bestellt hätte, wenn er die Entstehung der Forderung als fraglich angesehen hätte;
- der Berechtigte hätte sich redlicherweise auf die Berücksichtigung dieser Prämisse einlassen müssen.

Gegen die Lösung des Problems über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bestehen indessen Bedenken, denn den hier problematischen Fall scheint (auch) die Vorschrift des § 812 I 2,2 Var. BGB zu erfassen , was zu einer Unzulässigkeit des Rückgriffs auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage führen könnte.

Legt man die Vorschrift des § 812 I 2,2 Var. BGB, deren Wortlaut nach allgemeiner Ansicht zu weit ist [3], dahingehend restriktiv aus, daß nur Fälle betroffen werden, in denen die Leistung nicht auf eine Verpflichtung hin erfolgt [4], so findet die Vorschrift keine Anwendung, weil

---

1) Palandt-Heinrichs § 275 Anm. 1 d;

2) Köhler,a.a.O., S. 197; Palandt-Heinrichs § 242 Anm. 6 b; Münchener Kommentar-Emmerich, 2.Aufl. Vor § 275 Rz30;

3) statt vieler: BGH NJW 1973/612 f; Medicus,a.a.O.,Rz 691;

4) Larenz,a.a.O., § 69 II, S. 556;

der Eigentümer die Reallast in Erfüllung des Sicherungsvertrages bestellt. Diese enge Auffassung ist jedoch abzulehnen, da auch bei der vom Bundesgerichtshof vertretenen Auffassung [1], wonach die Leistung durchaus in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgen darf, der bezweckte und nicht eingetretene Erfolg jedoch ein über die Erfüllung hinausgehender sein muß, ein erzwingbarer Anspruch auf die Gegenleistung nicht besteht, und der Leistende bei deren Ausbleiben wenigstens einen Anspruch auf Herausgabe seiner Leistung haben muß [2].
Folgt man der Auffassung des BGH,so scheint die Vorschrift auf den Fall anwendbar zu sein, in dem die Forderung, die durch die Reallast gesichert werden soll, endgültig nicht entsteht. Denn die Hingabe der Reallast geschieht in Erfüllung des Sicherungsvertrages und zu dem Zweck, die Forderung zu sichern, wobei zwischen den Parteien hinsichtlich dieser Zweckbestimmung Einigkeit besteht [3].

Gleichwohl wird bei der ähnlichen Problematik im Rahmen der Sicherungsgrundschuld eine Anwendbarkeit der condictio ob rem teilweise verneint. Nach Jäckle [4] ergibt sich dies aus der Tatsache, daß bei einem Fehlen der Forderung wegen einer Nichtvalutierung der Grundschuld der " bezweckte Erfolg " im Klageweg durchgesetzt werden kann, was § 812 I 2,2.Var. BGB entgegenstehe. Selbst wenn die Forderung ausnahmsweise nicht rechtlich erzwingbar sei, so etwa, wenn das zu sichernde Geschäft nichtig bzw. rechtswirksam angefochten sei, scheide die condictio ob rem aus, da die rechtliche Nichterzwingbarkeit auf der spezifischen Eigenart des mit der Leistung bezweckten Erfolges (z.B. die Eingehung der Ehe) beruhen muß, so daß von außen einwirkende Einzelfallumstände, wie das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes oder eine erfolgte Anfechtung, außer Betracht zu bleiben hätten [5].

---

1) RGZ 66/132,134; BGH NJW 1973/612 ff; Fikentscher,a.a.O., § 99 III 2 b, S.588;

2) Münchener Kommentar - Lieb, § 812 Rz 167;

3) Palandt-Thomas, § 812 Anm. 6 A d;

4) Jäckle, a.a.O., S. 53 f;

5) ders., a.a.O., S. 54;

Fraglich ist, inwieweit Jäckles Bedenken im Rahmen der Sicherungsreallast beachtlich sind.

Jäckle hat, gestützt auf Söllner [1], die Beschränkung des Anwendungsbereichs der condictio ob rem auf Fälle, in denen der "bezweckte Erfolg" (§ 812 I 2, 2. Fall BGB) nicht rechtlich erzwungen werden kann [2], überzeugend begründet. Danach hat diese Eingrenzung geschichtliche Ursachen. Sie ergibt sich aus dem numerus clausus der klagbaren Vertragstypen im römischen Recht [3]. Wenn dem Vorleistenden in allen außerhalb des numerus clausus liegenden Fällen eine actio, also eine Klagemöglichkeit, nicht zur Verfügung stand, mit deren Hilfe er die Erfüllung hätte erzwingen können, so sollte er wenigstens die Vorleistung zurückfordern können [4]. Mit der Aufhebung des Aktionensystems ist der Anwendungsbereich der condictio ob rem stark beschnitten und auf den eben bezeichneten Raum beschränkt worden [5]. Der Gesetzgeber des BGB entschloß sich, die condictio ob rem trotz deren Zurückdrängung in das BGB aufzunehmen [6].

Die Ansicht Jäckles, im Falle der Nichtvalutierung der Sicherungsgrundschuld komme eine Anwendung des § 812 I 2, 2. Var. BGB nicht in Betracht, da der Eigentümer auf Auszahlung der Valuta klagen kann [7] und damit in der Lage ist, den "bezweckten Erfolg" klageweise durchzusetzen [8], erscheint somit richtig.

Auf die Sicherungsreallast können seine Überlegungen dagegen nicht übertragen werden, denn hier geht es nicht um einen Fall der Nichterfüllung eines Anspruches, die Nichtauszahlung der Valuta, sondern stets um das Fehlen einer nicht einklagbaren Forderung.

---

1) Söllner AcP 163/ 23,29;

2) so auch: Medicus, a.a.O., Rz. 496;

3) Liebs JZ 1978/697 f; Söllner,a.a.O., S. 24,29;

4) Söllner,a.a.O., S. 29; Jäckle,a.a.O., S.53;

5) Prot II S. 692; Söllner,a.a.O., S. 28;

6) Prot II S. 693;

7) Palandt-Putzo,Einf.v.§ 607 Anm.1 c; Medicus,a.a.O.,Rz 496;

8) Jäckle,a.a.O., S.54;

Selbst wenn man Jäckle [1] in seiner Argumentation folgt, es komme für die Beurteilung der Nichterzwingbarkeit des mit der Leistung bezweckten Erfolges auf dessen spezifische Eigenart an, so daß "von außen einwirkende Einzelfallumstände" außer Betracht bleiben müßten, kann nichts anderes gelten.
Denn da bei der Sicherungsreallast beim Fehlen der zu sichernden Forderung diese grundsätzlich nicht einklagbar ist - etwas anderes mag gelten, wenn sich der Berechtigte in einem Vorvertrag zur Begründung der Forderung verpflichtet hat -, ergibt sich aus der spezifischen Eigenart des mit der Leistung bezweckten Erfolges seine Nichterzwingbarkeit.

Damit sind die Bedenken Jäckles hier unbeachtlich; im Falle des Nichtentstehens der Gesamtforderung scheint der Eigentümer die Reallast nach § 812 I 2,2.Var. BGB herausverlangen zu können.

Zu prüfen ist nun, in welchem Verhältnis die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zur condictio ob rem steht. Die Voraussetzungen beider Rechtsinstitute scheinen vorzuliegen.
Der Bundesgerichtshof [2] hat, gestützt auf den Grundsatz, daß vertragliche Ansprüche stets Vorrang vor Kondiktionsansprüchen haben, entschieden, daß auch die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage die condictio ob rem verdrängen. Dem ist ein Teil der Literatur gefolgt. Weyers ist der Ansicht,"daß die Geschäftsgrundlagen-Praxis mit gutem Grund etabliert ist und zwar,soweit ihr Kern reicht, auch auf Kosten wortgetreuer Anwendung der condictio ob rem, die man insoweit als derogiert ansehen" müsse [3].
Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Es erscheint vielmehr nötig, den Anwendungsbereich der Lehre vom

---

1) Jäckle,a.a.O.,S. 54;

2) BGH NJW 1975/776; ähnlich BGH WM 1977/535 f, wo die condictio ob rem noch nicht einmal angesprochen wird;

3) Esser/Weyers, Schuldrecht,Bd. 2,Besonderer Teil, 6.Aufl.,Heidelberg 1984, § 49 II,S.393;

Wegfall der Geschäftsgrundlage durch den der condictio ob rem einzugrenzen. Anderenfalls griffe die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage hier, wo die Reallast im Hinblick auf die Entstehung der Forderung bestellt wird, ohne daß der Berechtigte zur Begründung der Forderung verpflichtet ist, in den gesetzlich fixierten [1] Kernbereich der condictio ob rem ein [2].

Hinzu kommt, daß als Rechtsfolge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage dem Richter ein weitgehendes Gestaltungsrecht eingeräumt wird, was zu einer großen Rechtsunsicherheit führt, da der Richter das Rechtsverhältnis in Anlehnung an den mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien anpassen kann [3]. Dies verhindert die Entstehung allgemeiner Entscheidungskriterien [4].

Gegen die Lösung über die Grundsätze des Geschäftsgrundlagenfortfalls spricht weiterhin die oben erwähnte [5] Schwierigkeit bei der Abgrenzung dieses Rechtsgebildes von den Grundsätzen der Zweckverfehlung [6].

Die Ansprüche aus Wegfall der Geschäftsgrundlage gehören auch nicht zu den vertraglichen Ansprüchen, die Kondiktionsansprüche ausschließen. Wäre das nämlich der Fall, dann käme eine Anwendung der Leistungskondiktion in aller Regel nicht in Betracht, da jedes Fehlen des rechtlichen Grundes auch einen Wegfall der Geschäftsgrundlage bildete. Vielmehr sind die Leistungskondiktionsansprüche als Abwicklungsansprüche als ergänzendes gesetzliches Vertragsrecht anzusehen, sofern sie die Regelung fehlgeschlagener Verträge behandeln [7].

Schließlich ist festzustellen, daß dann, wenn der Wegfall eines "mit dem Rechtsgeschäft bezweckten Erfolges" bejaht wird, dieser Erfolg nicht gleichzeitig Geschäfts-

---

1) Münchener Kommentar- Lieb, § 812 Rz 169;

2) Battes, AcP 178/337,372; Münchener Kommentar-Lieb, § 812 Rz 169;

3) BGHZ 47/48,52; Battes,a.a.O., S.377;Medicus,a.a.O.Rz168;

4) Liebs,JZ 1978/697,701;

5) S.o.S. 161;

6) Battes,a.a.O.,S.372;

7) Liebs,a.a.O.,S.701;

grundlage sein kann, ist der bezweckte Erfolg doch Inhalt des Rechtsgeschäftes, während die Geschäftsgrundlage nicht Inhalt ist, sondern dem Rechtsgeschäft zugrunde liegt [1].

Damit kann festgestellt werden, daß im Falle der Nichtentstehung der Forderung der Eigentümer die Reallast nach § 812 I 2,2.Var. BGB herausverlangen kann.

bb) Endgültiger Wegfall der Forderung.

Bei einem außerplanmäßigen Wegfall der gesamten Forderung, etwa bei der Kündigung des Schuldvertrages durch den Eigentümer, kann der Eigentümer aus § 812 I 2,2.Var.BGB Verzicht, Rückübertragung oder Aufhebung der Reallast fordern, denn auch in diesem Fall kommt der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht zustande, da die Forderung, die durch die Reallast gesichert werden sollte, nicht existiert [2].

cc) Die Einreden.

Verlangt [3] der Berechtigte trotz Wegfalls oder Nichtentstehens der Forderung die Einzelleistungen aus der Reallast (§§ 1107 f BGB), so kann der Eigentümer die Bereicherungseinrede erheben (§ 821 BGB) [4]. Einreden aus dem Sicherungsvertrag stehen ihm dagegen nicht zu, da dieser gegenstandslos geworden ist.

---

1) Liebs,a.a.O.,S.702; Brox,a.a.O.,Rz 400; ähnlich: Münchener Kommentar-Lieb, § 812 Rz 179;

2) Insoweit sei auf die obigen Ausführungen verwiesen.

3) S.o. C IV 2 d;

4) Jäckle,a.a.O., Fn. 115;

b) Die Problematik bei den Einzelrechten.

Was das Verhältnis des dinglichen Rechtes zum Sicherungsvertrag betrifft, so existieren, wie gezeigt, keine großen Unterschiede zwischen Sicherungsreallast und Sicherungsgrundschuld. Ist der Sicherungsvertrag unwirksam oder wurde die Reallast ohne einen solchen bestellt, so kann sie kondiziert werden. Geht der Berechtigte wegen der einzelnen Leistungen gegen den Eigentümer vor, so kann dieser die Bereicherungseinrede erheben.
Im Rahmen des Verhältnisses von gesicherter Forderung zu Reallast treten jedoch wegen der Einzelrechte (§§ 1107 f BGB) Besonderheiten auf. So ist es möglich, daß nur ein einzelner vertraglicher Anspruch aus dem Dauerschuldverhältnis entfällt oder einredebehaftet ist, während die übrigen Einzelansprüche unberührt fortbestehen.

aa) Das Fehlen eines Einzelanspruchs.

Bei einem Dauerschuldverhältnis verpflichtet sich der Schuldner zur Erbringung fortwährender Leistungen. Die Verpflichtung des Schuldners zur Erbringung sämtlicher Einzelleistungen entsteht bereits bei der Begründung des Gesamtrechtsverhältnisses. Die Einzelleistungen werden jedoch erst nach und nach fällig und selbständig und gehen durch die Erfüllung vollständig unter [1]. Erst mit der Erfüllung aller Einzelforderungen erlischt auch das Gesamtrechtsverhältnis [2].
Wird (für die Zukunft) eine Einzelleistung unmöglich, so entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung [3]. Hierbei werden die §§ 320 ff BGB auf die Einzelleistung angewandt, obgleich die geschuldete Vertragsleistung die gesamte (Dauer-) Leistung ist [4]. Es ist demnach möglich, daß das Dauerschuldverhältnis bestehen bleibt, während ein Einzelanspruch wegfällt. Die Auswirkungen eines solchen Wegfalls

---

1) BGHZ 10/391, 397;
2) Fikentscher, a.a.O., § 38, II, 6, d, S. 161;
3) Fikentscher, a.a.O., § 44, III, 1, b, S. 205;
4) Fikentscher, a.a.O., § 8, 7, c, S. 32;

auf die Sicherungsreallast sollen im Folgenden untersucht werden.

Wird die Erbringung einer Einzelleistung unmöglich und hat der Gläubiger (der Berechtigte) die Unmöglichkeit zu vertreten (§ 275 I,324 I 1 BGB)- dieser Fall kann z.B. eintreten, wenn der Gläubiger eine unerlaubte Handlung begeht und den Gegenstand der Einzelleistung zerstört- so verliert er den Anspruch auf die "Teilleistung". Wegen der Einzelleistung kann er aus der Reallast (§ 1107 BGB)nicht vorgehen, denn der Eigentümer (der Schuldner) kann ihm die Einrede aus dem Sicherungsvertrag entgegenhalten [1].
Dies soll hier zunächst außer Betracht bleiben.
Fraglich ist, ob E (Eigentümer) das Recht auf die Einzelleistung (§§ 1107 f BGB) aus dem Sicherungsvertrag herausverlangen kann. Für ein solches Verlangen müßte ein Bedürfnis bestehen, schließlich steht dem E eine peremptorische Einrede zu. Ein Bedürfnis läge vor, wenn der Eigentümer Gefahr liefe, seine Einrede zu verlieren, was z.B. bei der Übertragung des Einzelrechtes geschehen könnte.
Die Übertragung des Einzelrechtes soll auf drei Arten möglich sein [2]:
Ist die Einzelleistung bereits fällig, so wird sie nach §§ 1107, 1159 I 1, II, 398 BGB übertragen [3]. In diesem Fall genießt der Eigentümer des belasteten Grundstücks den Schutz der §§ 404 ff BGB, kann dem neuen Berechtigten also die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung des Einzelrechtes gegen den bisherigen Berechtigten begründet waren (§§ 1107,1159 I 1, 404 BGB).
Da sich auch die Einreden aus dem Sicherungsvertrag gegen das Einzelrecht richten - analog der Situation bei der Sicherungsgrundschuld, wo Einreden des mangelnden Siche-

---

1) Münchener Kommentar-Joost, § 1107 Rz 8;

2) Planck-Strecker, § 1107 Anm.2 K; Erman-Ronke,§ 1105 Rz 10; § 1107 Rz 2; Staudinger-Amann,§ 1107 Rz 1,20 f;

3) Mit der Übertragung des Einzelrechts (§ 1107 BGB) geht auch der schuldrechtliche Anspruch aus § 1108 BGB über (Staudinger-Amann, § 1107 Rz 23);

rungsfalles, also Einreden aus dem Sicherungsvertrag, über § 1157 BGB gegen das dingliche Recht wirken [1] - kann der Eigentümer dem neuen Berechtigten die soeben erwähnte peremptorische Einrede entgegenhalten (§ 404 BGB).

Dem stehen nicht die Entscheidungen des Reichsgerichts[2] und des Bundesgerichtshofs [3] entgegen, wonach Einreden aus dem "Kausalverhältnis" nicht unter § 404 BGB fallen. Mit dem in diesen Entscheidungen angesprochenen Kausalverhältnis ist das von Zessionar und Zedent begründete Kausalverhältnis, das der Abtretung zugrunde liegt, gemeint, nicht aber der Sicherungsvertrag zwischen Eigentümer und Zedent [4]. Ein Einredeverlust kommt bei der Übertragung fälliger Einzelrechte daher nicht in Betracht (§ 404 BGB).

Das Recht auf die noch nicht fällige Einzelleistung [5] soll auch isoliert (also ohne das Stammrecht [6]) übertragen werden können [7] (§§ 873, 1154 III BGB). Der Eigentümer wird hier über die Vorschrift des § 1158 BGB weitgehend geschützt, der über § 1107 BGB entsprechende Anwendung findet. Diese Bestimmung relativiert den Schutz des neuen Berechtigten, zu dessen Gunsten im übrigen die Vorschriften der §§ 1156, 1157, 892 BGB eingreifen [8].

Das noch nicht fällige Einzelrecht kann schließlich durch die Übertragung des Reallaststammrechtes übertragen werden (§ 873 BGB). Hinsichtlich des Stammrechtes finden die §§ 1157, 892 BGB analoge [9] Anwendung. Was das Einzelrecht

---

1) Baur,a.a.O., § 45 III 1 c, S. 412;

2) RGZ 102/385 ff;

3) BGH NJW 1974/185 f;

4) Münchenr Kommentar - Roth, § 404 Rz 17;

5) Zur Fälligkeit s.u. C , IV, 4,b,aa,(1);

6) A.A. Münchener Kommentar-Joost, § 1107 Rz 3, § 1111 Rz 2; s.u. C, IV,4 ,b,bb ;

7) Erman-Ronke, § 1107 Rz 2;

8) Planck-Strecker, § 1107 Anm 2, k; Staudinger-Amann, § 1107 Rz 20;

9) Dümchen, a.a.O., S. 442; Staudinger-Amann, § 1107 Rz 1;

betrifft, so soll auch hier § 1158 BGB über § 1107 BGB eingreifen.Hinsichtlich der unbeschränkten Verweisung des § 1107 BGB auf § 1158 BGB bestehen in diesem Fall jedoch Bedenken. Während es im Bereich der Hypothekenzinsen dem Schuldner nicht zugemutet werden kann, bei jeder Zinszahlung das Grundbuch einzusehen, und die " historische Legitimation " deshalb ausreichen soll [1], stellen die Einzelleistungen bei der Reallast keine Neben- sondern Hauptleistungen dar. Zudem richtet sich das Schicksal der Einzelrechte bei der Übertragung des Stammrechtes nach diesem, und für die Durchbrechung des Prinzips über § 1158 BGB besteht an sich kein Bedürfnis. Gleichwohl ist die Regelung des § 1107 BGB wegen ihres eindeutigen Wortlautes zu berücksichtigen. Auch im Rahmen des Hypothekenrechtes macht es keinen Unterschied, ob die Einzelansprüche (auf Zinsen) zusammen mit der Hauptforderung abgetreten oder selbständig übertragen werden. In jedem Fall findet § 1158 BGB Anwendung [2].
Eine Abweichung gegenüber der isolierten Übertragung des Einzelrechts ist nicht ersichtlich.

Damit ist festzustellen, daß im Falle des Nichtentstehens oder des Wegfalls eines Einzelanspruchs ein Einredeverlust bezüglich des Einzelrechtes nur in seltenen Fällen eintreten kann. Dieser ist dann möglich, wenn das Einzelrecht nach Ablauf des Kalendervierteljahres, das auf das Kalendervierteljahr folgt, in dem der Eigentümer von der Abtretung Kenntnis erlangt hat, fällig wird (§ 1158 BGB). In diesem Fall kann der gutgläubige Berechtigte das Einzelrecht einredefrei erwerben (§§ 1107,1157,1158,892 BGB).

bb) Die Folgen des Fehlens eines Einzelanspruchs.

Da wegen des möglichen Einredeverlustes ein Bedürfnis bestehen kann, das Einzelrecht herauszuverlangen, wird im Folgenden untersucht, welchen Inhalt das Herausgabeverlangen hat.

---

1) Baur,a.a.O., § 38 VIII, S. 354;

2) Planck-Strecker, § 1158 Anm.1; Münchener Kommentar-Eickmann, § 1158 Rz 2;

Vorweg sei bemerkt, daß im Gegensatz zur Situation beim Fehlen des Sicherungsvertrages oder beim Fehlen der "Gesamtforderung" ein wirksamer Sicherungsvertrag vorliegt und fortbesteht, der die Anspruchsgrundlage des Herausgabeverlangens darstellt. Es handelt sich demnach um einen vertraglichen Rückgewähranspruch [1].

Der Eigentümer kann aus dem Sicherungsvertrag die Rückübertragung des Einzelrechtes verlangen [2]. Die Rückübertragung richtet sich bei fälligen Einzelleistungen nach §§ 1107, 1159 I, 398 BGB, bei noch nicht fälligen erfolgt sie gemäß §§ 1107,1154 III,873 BGB [3].

Ein Anspruch auf Verzicht steht dem Eigentümer dagegen nicht zu, denn § 1168 BGB findet im Rahmen des Einzelrechtes keine Anwendung [4]. Im Gegensatz zum Stammrecht, wo eine Analogie bejaht wurde [5], weil der Eigentümer in der heutigen Zeit ein Interesse an der Wiederbestellung der Reallast haben kann, ist das Einzelrecht zur wiederholten Sicherung ungeeignet. Auch unter dem Aspekt der Rangwahrung erscheint eine Analogie des § 1168 BGB entbehrlich, denn bei einem Wegfall (Erlöschen) eines Einzelrechtes rücken nachrangige Rechte nicht auf, weil das Stammrecht bestehen bleibt. Dagegen besteht kein Grund, dem Eigentümer einen Anspruch auf Aufhebung des Einzelrechtes nach § 875 BGB (nicht § 1183 BGB) [6] zu versagen. In diesem Fall erlischt das Einzelrecht.

---

1) Für die Sicherungsreallast: Münchener Kommentar-Joost, § 1107 Rz 8 (bezgl. der Einrede); für die Sicherungsgrundschuld: Münchener Kommentar-Eickmann, § 1191 Rz 17; Jäckle, a.a.O., S. 50, 56;

2) Das gilt auch bei der subjektiv-dinglichen Reallast (RGRK-Rothe, § 1110 Rz 2);

3) s.o. C, IV, 3, b, bb;

4) Staudinger-Amann, § 1107 Rz 24 f;

5) s.o. C, IV, 2, c, cc;

6) Staudinger-Amann, § 1107 Rz 28; s.o. C, IV, 3, c, bb;

Bei der Rückübertragung eines Einzelrechtes entsteht so lange eine partielle Eigentümerreallast (§§ 1107, 889 BGB), wie das Recht noch nicht fällig ist [1]. Erst mit der Fälligkeit erlischt es gemäß §§ 1107, 1178 I, 1 BGB [2]. Das fällige Einzelrecht erlischt, sobald es an den Eigentümer übertragen wird (§§ 1107, 1178 I 1 BGB).

cc) Die Einreden.

Neben dem Wegfall eines schuldrechtlichen Einzelanspruchs kann auch der Fall eintreten, daß der Einzelanspruch zwar besteht, jedoch einredebehaftet ist. Der Gläubiger (der Berechtigte) kann beispielsweise vorleistungspflichtig sein. Will er nun aus der Reallast vorgehen, obgleich er die Vorleistung noch nicht erbracht hat und der Schuldner (der Eigentümer) demgemäß die Leistung verweigert, so steht dem Eigentümer eine Einrede aus dem Sicherungsvertrag zu [3].

c) Versuche einer engeren Verknüpfung von Forderung und Reallast.

Im Rahmen der Sicherungsgrundschuld wurde eine engere Verknüpfung von dinglichem Recht und gesicherter Forderung erstrebt. Man versuchte diese durch die Annahme einer Geschäftseinheit (§ 139 BGB), durch eine dingliche Beschränkung des Rechtes oder durch eine Bedingung des Rechtes durch den Bestand der Forderung zu erreichen. Auch die Theorie der Zweckgemeinschaft [4] versuchte die beiden Rechte stärker miteinander zu verbinden.

---

1) Bezüglich der künftig fällig werdenden Einzelrechte greifen die Vorschriften der §§ 1177 II, 1197 II BGB ein, wonach der Reallastberechtigte während der Vereinigung fällig werdende Leistungen nur im Rahmen der von einem anderen betriebenen Zwangsverwaltung und auch nur für deren Dauer aus der Masse verlangen kann (Planck-Strecker, § 1107 Anm 2, e; Dümchen, a.a.O., S. 462 f; Palandt-Bassenge, § 1107 Anm 2, d, ee;).

2) Dümchen, a.a.O., S. 46 Münchener Kommentar-Joost, § 1107 Rz 11; Staudinger-Amann, § 1107 Rz 28;

3) Münchener Kommentar-Joost, § 1107 Rz 8;

4) Heck a.a.O., § 100, 5, b, S. 412 f;

Alle diese Verknüpfungsversuche wurden jedoch entweder für unzulässig [1] gehalten, weil sie zum Teil gegen den Charakter des dinglichen Rechtes verstießen, oder als unzweckmäßig angesehen [2] und deshalb abgelehnt. Im Rahmen der Untersuchung der Sicherungsreallast erübrigt es sich daher, auf die verschiedenen Theorien einzugehen.

d) Die Erbringung der Leistung.

Bei der Sicherungsreallast ist ähnlich wie bei der Sicherungsgrundschuld zu unterscheiden, worauf der Belastete (der Schuldner) leistet.
Er kann einmal seine Verpflichtung aus dem Schuldvertrag erfüllen; in diesem Fall leistet er auf den sich aus dem Dauerschuldverhältnis ergebenden Einzelanspruch. Möglicherweise leistet er aber auch direkt auf das Einzelrecht aus der Reallast (§§ 1107 f BGB).
Im Folgenden werden zunächst die im Rahmen der Erbringung der Einzelleistung auftretenden Probleme untersucht. Anschließend wird der Frage nachzugehen sein, ob (derartige) Probleme auch im Verhältnis von Stammrecht zu "Gesamtschuldverhältnis" auftreten.

aa) Die Erbringung der Einzelleistung.

(1) Die Erfüllung des schuldrechtlichen Einzelanspruchs.

Bei einem Dauerschuldverhältnis mit einer Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen wird jede Einzelforderung mit dem Eintritt ihrer Fälligkeit selbständig [3]. Sie ist dann

---

1) vgl. RGZ 145/152, 153 f, zur Geschäftseinheit; RG JW 1932/1759 f, zur dinglichen Beschränkung; Westermann, a.a.O, § 114 II c, S. 574, zur Theorie der Zweckgemeinschaft;

2) Baur, a.a.O., § 45 II 3, b, S. 409;

3) BGHZ 10/391, 397;

nach den selben Rechtsregeln zu behandeln wie "andere Ansprüche auf vorübergehende Leistungen." [1] Mit der Erfüllung des Einzelanspruchs erlischt dieser (§ 362 BGB) [2].
Die Erfüllung hat aber zunächst keine Auswirkung auf die Reallast, und zwar weder auf das Stammrecht noch auf das Einzelrecht.
§ 1163 I 2 BGB findet keine Anwendung, weil diese Vorschrift die Akzessorietät des dinglichen Rechtes voraussetzt [3].
Das Ergebnis entspricht dem bei der Sicherungsgrundschuld [4].
Fraglich ist aber, ob dem mit einer Reallast Belasteten die Rechte zustehen, die der Eigentümer im Verhältnis zur Grundschuld geltend machen kann. Dessen Anspruch richtet sich wahlweise auf Verzicht, Aufhebung oder Rückübertragung des dinglichen Rechts.
Auch hier kann der Eigentümer Herausgabe der Reallast, des Einzelrechtes, verlangen, wobei Anspruchsgrundlage der Sicherungsvertrag ist [5].
Im Gegensatz zur Sicherungsgrundschuld geht der Anspruch aber nicht auf Verzicht, und auch im Falle der Rückübertragung erlischt das Einzelrecht. Die erste Feststellung folgt aus der Tatsache, daß §§ 1168, 1169 BGB über § 1107 BGB keine Anwendung finden. Es besteht kein Bedürfnis [6] für die Entstehung einzelner (fälliger) Reallastrechte in der Hand des Eigentümers, denn dieser kann das Einzelrecht nicht erneut begeben, es also nicht noch einmal als Sicherungsmittel verwenden. Zudem rücken nachrangige Gläubiger nicht auf, weil das Stammrecht weiterbesteht.
Das Erlöschen des Einzelrechtes bei dessen Rückübertragung ergibt sich aus § 1178 I 1 BGB, der bei der Konsolidation

---

1) BGHZ a.a.O.;
2) Fikentscher, a.a.O.,§ 38 II,6,d, S. 161;
3) Staudinger-Amann, § 1107 Rz 24;
4) Baur, a.a.O., § 45 II 4a, S. 409;
5) Münchener Kommentar-Joost § 1107 Rz 8;
6) Staudinger-Amann, § 1107 Rz 24 f; s.o. C, IV, 3, b, bb;

über § 1107 BGB eingreift [1].

(2) Die Tilgung des Einzelrechts.

Wie bei der Sicherungsgrundschuld muß es dem Belasteten auch bei der Sicherungsreallast möglich sein, statt auf die Forderung auf das dingliche Recht, das Einzelrecht, zu leisten [2]. Das ergibt sich zwingend aus der Tatsache, daß bei einer isolierten Reallast eine solche Tilgung ausschließlich in Betracht kommt [3]. Mit der Tilgung des Einzelrechtes (§ 1107 BGB) geht auch die Forderung insoweit unter [4].

Als weitere Folge der Tilgung wird im Rahmen der Sicherungsgrundschuld allgemein [5] das Entstehen einer Eigentümergrundschuld angenommen. Daran anknüpfend müßte man bei der Sicherungsreallast die Vereinigung von Eigentum und Einzelrecht bejahen und zum Erlöschen des fälligen Einzelrechts über §§ 1107, 1178 I 1 BGB gelangen. Während dies auch, soweit ersichtlich, durchweg [6] vertreten wird, findet sich keine Begründung für den Weg, auf dem das Einzelrecht auf den Eigentümer übergeht. Aus diesem Grund erscheint es angebracht, auf die Argumentation im Rahmen der Sicherungsgrundschuld zurückzugreifen. Dort werden drei Theorien vertreten:

---

1) Palandt-Bassenge, § 1107 Anm. 2, d, ee; s.o. C, IV, 3, b, bb;

2) Was das Verhältnis von § 1107 BGB zu § 1108 BGB betrifft, so ist stets eine Leistung auf § 1107 BGB anzunehmen, wenn Haftender und Schuldner identisch sind; denn in diesem Fall erlischt - für den Eigentümer günstiger - sowohl das Recht (§ 1107 BGB) als auch der Anspruch (§ 1108 BGB) (Staudinger-Amann, § 1107 Rz. 23; Münchener Kommentar-Joost, § 1108 Rz. 5;).

3) Gerhardt, a.a.O., S. 109, für die Sicherungsgrundschuld;

4) hM: BGH Rpfleger 1980/337; Palandt-Bassenge, § 1191 Anm. 3, h, bb; Lopau, JuS 1976/553 f, Fn. 4; alle für die Sicherungsgrundschuld;

5) statt vieler: Gerhardt, a.a.O., S. 109 m.w.N;

6) Münchener Kommentar-Joost, § 1107 Rz 11; RGRK-Rothe, § 1107 Rz 10;

Zur Begründung der Entstehung der Eigentümergrundschuld will Westermann [1] die Vorschrift des § 1163 I 2 BGB analog heranziehen, während Wolff/Raiser [2] die §§ 1168, 1170 BGB entsprechend anwenden wollen. Die Rechtsprechung [3] und ein anderer Teil der Lehre [4] wollen das Problem über die Vorschriften der §§ 1142, 1143 BGB lösen.

Mit Hilfe dieser zum Teil gewagten Konstruktionen soll erreicht werden, daß das dingliche Recht, die Grundschuld, im Falle der Tilgung nicht bei dem befriedigten Gläubiger verbleibt, daß es aber auch nicht erlischt, weil für seine erneute Verwendung ein Bedürfnis bestehen kann [5].

Für den Bereich der Sicherungsreallast (und zwar des Einzelrechtes) trifft aber nur der erste Teil dieser Begründung zu. Eine Rangwahrung durch das Einzelrecht kommt nicht in Betracht, denn nicht das Einzelrecht, sondern das Stammrecht soll den Rang wahren und kann als Sicherungsmittel wiederverwandt werden.

Aus diesem Grund besteht für das Entstehen einer partiellen Eigentümerreallast, die ohnehin nach § 1178 I 1 BGB sofort erlöschen würde, kein Bedürfnis. Gegen die Lösung über § 1163 I 2 BGB analog spricht darüberhinaus, daß diese Vorschrift hinsichtlich rückständiger Nebenleistungen keine Anwendung findet [6]. Solche Nebenleistungen stehen aber den Hypothekenzinsen nahe, auf die wegen der Einzelrechte verwiesen wird (§ 1107 BGB).

Da eine Eigentümerreallast bezüglich der Einzelrechte unnötig ist - auch durch ein Erlöschen des dinglichen Rechtes verliert der Gläubiger seine Rechtsposition - ist auch der Lösungsweg über §§ 1143 f BGB analog und über §§ 1168, 1170 BGB analog abzulehnen. Dies gilt um so mehr, als die Anwendbarkeit des § 1168 BGB auf das Einzelrecht verneint wurde.

---

1) Westermann, a.a.O., § 115 II 2 b, S.576;

2) Wolff/Raiser, a.a.O., § 156, Fn. 11, S. 646 f; Palandt - Bassenge § 1191 Anm. 3, h, bb;

3) RGZ 78/60, 68; BGH NJW 1969/2237, 2238;

4) Baur, a.a.O., § 44 VI, 1, S. 404;

5) S.o.S. 147 und S.152;

6) Palandt-Bassenge, § 1163 Anm. 2 a;

Vielmehr erscheint es ausreichend, im Falle der Tilgung des Einzelrechtes die Vorschrift des § 1181 I BGB (über § 1107 BGB) analog anzuwenden. Denn hier besteht kein Unterschied, ob der Berechtigte aus dem Grundstück befriedigt wird oder ob der Eigentümer freiwillig leistet; für die Entstehung einer Eigentümerreallast mit der Folge, daß diese sofort nach § 1178 I 1 BGB erlischt, ist kein Raum.

(3) Die Leistungsrichtung.

Leistet der Eigentümer (der Schuldner) auf den schuldrechtlichen Einzelanspruch, so bleibt die Reallast (§ 1107 BGB) - einredebehaftet - bei dem Berechtigten bestehen. Der Eigentümer kann jedoch aus dem Sicherungsvertrag Aufhebung oder Rückübertragung verlangen, wodurch das Einzelrecht erlischt (§§ 875, 1107, 1159 I, 398 ff, 1178 I 1 BGB). Bei der Leistung auf das Einzelrecht erlischt dieses automatisch (§ 1181 I BGB analog). Damit erlischt auch der schuldrechtliche Einzelanspruch. Die Tilgung des Einzelrechtes (§ 1107 BGB) ist somit für den Eigentümer günstiger.
Bei der Sicherungsreallast sind die Unterschiede, die durch die Leistungsrichtungen verursacht werden, jedoch nicht derart gravierend wie bei der Sicherungsgrundschuld. Denn das Einzelrecht hat für den Eigentümer keinen Nutzen, weil es in seiner Hand sofort erlischt, und ebensowenig beinhaltet es in fremder Hand große Gefahren [1]. Der Berechtigte kann aus ihm nicht mehr vorgehen, weil dem Eigentümer ein Leistungsverweigerungsrecht aus dem Sicherungsvertrag zusteht. Die Übertragung des Einzelrechtes durch den Berechtigten berührt diese Einrede nicht, denn auf die rückständige [2] Einzelleistung ist § 1159 I BGB anwendbar [3]

---

1) Anders ist es bei der Grundschuld, siehe dazu: Baur, a.a.O., § 45, II, 4, b, bb, a, S. 410;

2) Zur Rückständigkeit, s.u. C, IV,4,a,bb,(1) ;

3) Staudinger-Amann, § 1107 Rz 21; RGRK-Rothe, § 1107 Rz 9;

(§ 1107 BGB). Nach dieser Vorschrift bestimmt sich die Übertragung des fälligen Einzelrechtes nach §§ 398 ff BGB. § 892 BGB findet dagegen keine Anwendung (§§ 1107, 1159 II BGB). Der Eigentümer kann daher dem neuen Berechtigten (dem Zessionar) alle Einreden entgegenhalten, die ihm auch gegenüber dem Zedenten zustanden (§ 404 BGB).

Es ist deshalb gleichgültig, welche Leistungsrichtung der Eigentümer wählt [1]. Aus Praktikabilitätsgründen erscheint es jedoch sinnvoll, stets eine Tilgung des Einzelrechtes anzunehmen.

bb) Gesamtleistung und Stammrecht.

Es fragt sich nun, ob das zuvor angesprochene Problem auch im Verhältnis von Stammrecht zu Gesamtschuldverhältnis auftreten kann. Stellt man auf den Schuldvertrag ab, so könnte vereinbart werden (§ 305 BGB), daß, um das obige Beispiel [2] wiederaufzugreifen, B auch an Stelle der einzelnen Ratenleistung sämtliche noch ausstehenden Raten auf einmal verlangen kann (dann aber auch die Gesamtleistung erbringen muß).
Auch E könnte berechtigt sein, statt der einzelnen Gegenleistung die Summe aller noch ausstehenden Gegenleistungen zu verlangen, wenn er sämtlichen ratenweise geschuldeten Sand uno actu liefert [3].

---

1) Hierbei kommt es, wie bei der Sicherungsgrundschuld, in erster Linie auf den Parteiwillen an. Liegt eine vertragliche Vereinbarung vor, so gilt diese. Fehlt eine solche, so entscheidet der Wille des Zahlenden (§ 366 I BGB) (BGH NJW 1976/2132).

2) s.o. C, IV, 3;

3) Von einer Gesamtleistung kann nur gesprochen werden, wenn der Umfang der Leistung bestimmt werden kann. Dies ist nur bei einer "beschränkten" Reallast möglich, sei es, daß das Recht befristet ist oder die zu liefernde Gesamtmenge bestimmt ist.

Vom Schuldvertrag her könnte daher zumindest theoretisch die Frage auftreten, ob E isoliert in Erfüllung des gesamten Sukzessivlieferungsvertrages leistet oder ob er die Reallast, das Stammrecht, tilgt.
Dem Anspruch des Berechtigten auf die Gesamtleistung aus dem gesicherten Schuldvertrag steht jedoch keine gleichartige Verwertungsmöglichkeit aus der Reallast gegenüber. Liefert E nicht, so kann B nicht aus der Reallast wegen der Gesamtleistung vorgehen.
Die Reallast ist nicht das geeignete dingliche Recht zur Sicherung eines derart ausgestalteten Anspruchs. Die Typenfixierung im Sachenrecht zieht hier eine Grenze. § 1105 I BGB bestimmt, daß wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu erbringen sind, während B wegen einer einmaligen Leistung vollstrecken will [1]. Dies würde eine Vollstrekkung wegen der Reallast insgesamt darstellen, die regelmäßig nicht möglich ist [2]. Die Reallast kann insbesondere nicht wegen des kapitalisierten Wertes verwertet werden [3]. Nur im Falle der Ablösung kann das Stammrecht unter Umständen verwertet werden [4].
Da die Ablösesumme kaum jemals dem Wert der Summe der (noch) fällig werdenden Einzelleistungen entspricht, stellt sich nicht die Frage, ob auf die Ablösesumme [5] geleistet oder ob die gesamte Forderung erfüllt wird.

---

1) Dümchen, a.a.O., S. 428;

2) BayObLG NJW 1959/1876 f; Wolff/Raiser, a.a.O.,§ 128 II, 1,S. 512 f;

3) Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 45;

4) Dem Berechtigten kann jedoch nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, die Ablösesumme zu verlangen (Dümchen , a.a.O., S. 428; so aber: Münchener Kommentar-Joost § 1105 Rz 12;).

5) siehe dazu im Folgenden.

cc) Die Zahlung der Ablösesumme.

Auch die Zahlung der Ablösesumme stellt eine Leistung des belasteten Eigentümers dar. Sie sei daher kurz untersucht.
Das Ablöserecht steht dem Eigentümer kraft vertraglicher Vereinbarung oder kraft Landesrechts zu (Art 113 EGBGB [1]).
Für den Fall der freiwilligen Zahlung der Ablösesumme wird von einer Mindermeinung [2] die Ansicht vertreten, das Reallaststammrecht gehe auf den Eigentümer über; es entstehe somit eine Eigentümerreallast. Rechtsgrundlage dieses Übergangs sollen, ähnlich wie bei der Tilgung der Grundschuld durch den Eigentümer, entweder die Vorschriften der §§ 1142 f BGB, § 1163 I 2 BGB oder § 1168 BGB in entsprechender Anwendung sein.

Die herrschende Meinung [3] lehnt dagegen ein Entstehen einer Eigentümerreallast im Falle der Ablösung mit Recht ab. Amann [4] begründet diese Ansicht mit der Unanwendbarkeit des § 1163 I 2 BGB auf das Stammrecht, sowie mit dem Hinweis auf § 1112 BGB.
Nach der zuletzt genannten Vorschrift erlischt die Reallast mit dem Ergehen des Ausschlußurteils, wenn der Berechtigte unbekannt ist (§§ 1112, 1104 I 2 BGB), während der Eigentümer über § 1170 II 1 BGB die Hypothek erwirbt, sobald das Ausschlußurteil ergeht.

Ob dieser Begründung gefolgt werden kann, mag dahinstehen. Denn in jedem Fall ergibt sich die Unzulässigkeit der Entstehung einer Eigentümerreallast aus dem Sinn des Ablöserechts des Reallastberechtigten.

---

1) s.o. C I 2;

2) Münchener Kommentar-Joost, § 1105 Rz 33, 40;

3) Staudinger-Amann, § 1105 Rz 22; RGRK-Rothe, § 1107 Rz 2; Baur, a.a.O., § 35 II 3, S. 301;

4) Staudinger-Amann, § 1105 Rz 22;

Die Möglichkeit der Reallastablösung wurde, wie erwähnt [1], im Zuge der Grundentlastung eingeführt. Man wollte eine zu starke Belastung von Grundstücken durch wiederkehrende Rechte vermeiden, die zu einer Aushöhlung des Eigentums und zur Abhängigkeit des Eigentümers geführt hatte [2]. Ziel der Ablösung war es demnach, den Untergang der Reallast zu ermöglichen.

Dieses Ziel wäre nicht erreicht, wenn im Falle der Ablösung eine Eigentümerreallast entstehen würde.

Zwar wäre der Eigentümer nicht mehr im tatsächlichen Sinn belastet, denn er besäße das um das beschränkte dingliche Recht "verminderte" Eigentum und das das Eigentum "vermindernde" Recht, die Reallast. Auch könnte er an der Entstehung der Eigentümerreallast ein Interesse haben, um nachrangige Gläubiger nicht aufrücken zu lassen, etwa weil er die Reallast erneut als Sicherungsmittel übertragen will, oder weil er im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks durch einen nachrangigen Gläubiger (weiterhin) die Rechte aus der Reallast, die dann wieder eine Fremdreallast wäre, geltend machen möchte. Ein Interesse des Eigentümers am Erwerb einer Eigentümerreallast besteht somit nur insoweit, als eine spätere Umwandlung des Eigentümerrechts in eine Fremdreallast möglich ist. Diesem Interesse galt aber die Einräumung der Ablösungsmöglichkeit nicht; vielmehr war eine endgültige Entlastung des Eigentums gewollt, nicht nur eine vorübergehende.

Ein weiteres Argument für die herrschende Meinung bildet das Fehlen einer dem § 1200 II BGB entsprechenden Vorschrift.[3] Im Falle der freiwilligen Zahlung der Ablösesumme geht die Reallast daher unter [4].

dd) Die Erbringung der letzten Einzelleistung [5].

Mit der fortwährenden Erbringung der Einzelleistungen hat

---

1) s.o. C I 1;

2) s.o. C I 1; auch B I 1;

3) Obgleich dies ein schwaches Argument darstellt, s.o. C, IV, 2, c, cc;

4) KG OLGE 2/495 f; Baur, a.a.O., § 47 II 2 d, S. 249;

5) Sie kommt nur bei einer "beschränkten" Reallast in Betracht, s.o. C IV 3, d, bb;

sich die Reallast (Stammrecht) mehr und mehr verkleinert und stimmt schließlich, vor Fälligkeit des letzten Einzelrechts, vom Umfang her mit diesem überein.
Es besteht nun kein Grund mehr, mit dem Erlöschen des letzten Einzelrechtes (§ 1107, 1178 I 1 BGB) die Entstehung einer Eigentümerreallast bezüglich des Stammrechtes anzunehmen, denn dieses Recht wäre inhaltsleer.
Das Stammrecht erlischt daher mit der Tilgung des letzten Einzelrechts. Eine analoge Anwendung der §§ 1142 f, 1163 I 2, 1168, 1170 BGB ist unnötig.
Wird dagegen nur auf den letzten gesicherten Teilanspruch geleistet, so hat der Eigentümer einen Anspruch auf Rückübertragung oder Aufhebung des Einzelrechts, welches dann erlischt. In diesem Fall geht auch das Stammrecht, welches sämtlicher Einzelrechte beraubt ist, unter.

4) Die Übertragung von Sicherungsreallast und Forderung (Die Einredenerhaltung).

Im Rahmen der Reallast ist eine Übertragung des Stammrechtes (§ 1105 BGB) und eines oder mehrerer Einzelrechte (§ 1107 BGB) zulässig. Dies wurde bereits dargestellt [1]. Auch bei der gesicherten Forderung [2] können sowohl einzelne Ansprüche als auch sämtliche Ansprüche aus dem Gesamtschuldverhältnis abgetreten werden.

a) Die Problematik beim Stammrecht.

aa) Die gemeinsame Übertragung von Stammrecht und sämtlichen Einzelforderungen.

---

1) s.o. C, IV, 2, c, bb, und C, IV, 3, b, aa;

2) Zur Abtretung der Einzelansprüche, s.u. C, IV, 4, b;

Die Gesamtforderung - als solche sei die Summe aller Einzelforderungen bezeichnet - und das Reallaststammrecht können gemeinsam übertragen werden. Die Übertragung der Gesamtforderung richtet sich nach den Grundsätzen der Forderungsabtretung (§§ 398 ff BGB). Mit der Abtretung der Forderungen geht die Reallast (§ 1105 BGB) aber nicht automatisch auf den Zessionar über; § 401 BGB findet auf die Reallast keine Anwendung. Deren Übertragung richtet sich vielmehr nach den Vorschriften der §§ 1110 f BGB. So wird die subjektiv-dingliche Reallast durch die Übertragung des berechtigten Grundstücks übertragen (§§ 96, 873, 925 BGB) [1], während der Übergang der subjektiv-persönlichen Reallast gemäß § 873 BGB erfolgt.

Bei der gemeinsamen "Abtretung" von Gesamtforderung und Reallaststammrecht wird die Rechtsstellung des belasteten Eigentümers (des Schuldners) kaum beeinträchtigt. Einreden und Einwendungen, die er aus dem Sicherungsvertrag gegen den Zedenten hatte, kann er auch gegenüber dem Zessionar über § 404 BGB in Anbetracht der Forderung und über § 1157 BGB analog hinsichtlich des Stammrechtes geltend machen, denn § 1157 BGB soll auf das Stammrecht entsprechend anwendbar sein [2]. Nach §§ 1157, 2, 892 I BGB muß sich der neue Berechtigte nur die Abreden entgegenhalten lassen, die er kannte oder die sich aus dem Grundbuch ergaben.

Dieser Gutglaubensschutz ist bei der Reallast allerdings durch die Vorschrift des § 1158 BGB eingeschränkt, die über § 1107 BGB auf die Einzelleistungen - und nur wegen dieser kann der neue Berechtigte in das Grundstück vollstrecken - Anwendung findet. Danach greift der Gutglaubens-

---

1) Palandt-Heinrichs, § 96 Anm 2; Palandt-Bassenge, § 1110 Anm 2;

2) Dümchen, a.a.O., S. 442; Münchener Kommentar-Joost, § 1111 Rz. 2; Staudinger-Amann, § 1107 Rz. 1;

schutz, den § 892 I BGB vermittelt, hinsichtlich solcher Einzelrechte nicht ein, die in einem bestimmten Zeitraum nach der Kenntniserlangung des Eigentümers (des Schuldners) von der Übertragung fällig werden. Es spielt nämlich für die Anwendbarkeit des § 1158 BGB keine Rolle, ob die dort bezeichneten Rechte isoliert [1] oder zusammen mit dem Hauptanspruch übertragen werden [2]. Das Schicksal der Einzelleistungen richtet sich auch dann nach § 1107 BGB, wenn sie als Teil (Inhalt) des Stammrechtes übertragen werden.

bb) Die isolierte Übertragung.

(1) Die Befugnis zur isolierten Übertragung.

Bei der Sicherungsgrundschuld wird angenommen, daß eine isolierte Übertragung des dinglichen Rechtes vor der Fälligkeit der gesicherten Forderung gegen die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag verstößt, wenn nichts Abweichendes vereinbart ist [3]. Da bei der Sicherungsreallast eine Fälligkeit hinsichtlich des Stammrechtes nicht eintreten kann, erscheint hier eine isolierte Abtretung, vorbehaltlich andersartiger vertraglicher Regelungen, grundsätzlich unzulässig.

(2) Die Folgen der isolierten Übertragung.

Der Berechtigte kann die Reallast gleichwohl isoliert übertragen, da schuldrechtliche Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag die Wirksamkeit einer vertragswidrigen Verfügung nicht beeinträchtigen. In diesem Fall wird der neue Berechtigte nicht Partei des Sicherungsvertrags. Die darin enthal-

---

1) Siehe dazu im Folgenden unter bb;

2) Dümchen, a.a.O., S. 442; Planck-Strecker, § 1158 Anm 1; Münchener Kommentar-Eickmann, § 1158 Rz 2;

3) vgl. RGZ 143/113, 116 f; BGH NJW 1979/717; Baur, a.a.O., § 45 III, 1, b, S. 412;

tenen Abreden haben jedoch auch im Verhältnis von Eigentümer zu neuem Berechtigten Bedeutung, denn E kann sie dem Berechtigten über § 1157 BGB analog entgegenhalten [1]. Allerdings greift auch hier ein gewisser, wenn auch gegenüber der vergleichbaren Situation bei der Sicherungsgrundschuld eingeschränkter (§§ 1107, 1158 BGB) Gutglaubensschutz zugunsten des neuen Berechtigten ein (§§ 1157, 2, 892 BGB analog).

Dem Gläubiger der Gesamtforderung gegenüber - sei dies der ursprüngliche Gläubiger oder der Zessionar (in diesem Fall greift § 404 BGB ein) - kann der Schuldner (der Eigentümer) sämtliche Einwendungen und Einreden aus dem Sicherungsvertrag geltend machen. Verlangt der Gläubiger also die einzelne fällig gewordene Leistung aus dem Schuldverhältnis, so kann der Schuldner (der Eigentümer) die Leistung so lange verweigern, bis ihm Zug um Zug [2] das Recht auf die Einzelleistung übertragen wird oder die Aufhebung in der von § 875 BGB bestimmten Form durchgeführt wurde. Da der Gläubiger dazu nicht in der Lage sein wird, braucht der Schuldner (der Eigentümer) auch nicht an ihn zu leisten. Die Situation ist nicht anders als bei der Sicherungsgrundschuld [3].

b) Die Übertragung des Rechtes auf die Einzelleistung (§ 1107 BGB).

Im Rahmen der Abtretung des Einzelrechts und des einzelnen Anspruchs ist zu differenzieren, ob das Recht und der Anspruch fällig sind oder nicht.

aa) Die Übertragung bei Fälligkeit.

---

1) Baur, a.a.O., § 45 III, 1, c, S. 412, für die Sicherungsgrundschuld;

2) Baur, a.a.O., § 45 III, 2, S. 413 f; für die Sicherungsgrundschuld;

3) dazu: Baur, a.a.O., § 45 III, 2, S. 413 f;

(1) Gemeinsame Übertragung von Einzelrecht und einzelnem Anspruch.

Der einzelne Anspruch ist zum Zeitpunkt der Fälligkeit ohne weiteres übertragbar (§ 398 BGB), denn der Einzelanspruch aus einem Gesamtschuldverhältnis auf die fällige Leistung ist "nach denselben Rechtsregeln zu behandeln wie alle anderen Ansprüche auf vorübergehende Leistungen." [1]
Das fällige Einzelrecht (§ 1107 BGB) wird nach §§ 1107, 1159 I, 1, 398 BGB übertragen [2].
Wann das Einzelrecht fällig ist, ist ausschließlich von der dinglichen Seite aus zu beurteilen. Soll nach dem Inhalt der Reallast eine bestimmte Leistung am 1. März erbracht werden, so tritt an diesem Tag Fälligkeit im Sinne der §§ 1158 f BGB ein, auch wenn sich aus dem zwischen Eigentümer und Berechtigtem geschlossenen Sicherungsvertrag (schuldrechtlich) etwas anderes ergibt [3].
Fälligkeit nach §§ 1158 f BGB kann deshalb auch dann gegeben sein, wenn dem Eigentümer aus dem Sicherungsvertrag eine Einrede gegen die Geltendmachung des Einzelrechts durch den Berechtigten zusteht.
Bei der Übertragung des fälligen Einzelrechtes ist durch §§ 1107, 1159 II BGB die Anwendung der Gutglaubensvorschrift des § 892 I BGB ausgeschlossen. Das bedeutet:
Dem Eigentümer (dem Schuldner) stehen sowohl hinsichtlich des einzelnen Anspruchs als auch bezüglich des Einzelrechtes gegenüber dem Gläubiger, dem neuen Berechtigten, die Einreden und Einwendungen zu, die er dem Zedenten, dem vormals Berechtigten, entgegenhalten konnte (§§ 398 ff, 1107, 1157, 1159 I BGB). Er ist somit umfassend geschützt.

---

1) BGHZ 10/390,397;

2) Auch bei der subjektiv-dinglichen Reallast kann das fällige Einzelrecht gem. §§ 1107, 1159, I, 1, 398 BGB übertragen werden.

3) Vergleiche Staudinger-Scherübl § 1192 Rz. 31 (für die Zinsen der Sicherungsgrundschuld), der die Selbständigkeit der Zinsen betont.

(2) Isolierte Übertragung des Einzelrechtes.

Eine isolierte Übertragung des Reallasteinzelrechtes erscheint mit dem Eintritt der Fälligkeit des Einzelrechtes zulässig [1], soweit im Sicherungsvertrag nichts Abweichendes vereinbart ist. Hier liegen keine Abweichungen gegenüber der vergleichbaren Situation bei der Sicherungsgrundschuld vor [2].
Bei der isolierten Übertragung von Einzelrecht (§ 1107 BGB) und einzelnem Anspruch ist der Eigentümer, der Schuldner, über die Vorschriften der §§ 398, 404 BGB hinsichtlich der Inanspruchnahme durch den Zessionar und über §§ 398, 404, 1107, 1159 I BGB gegenüber einem Vorgehen aus dem dinglichen Recht seitens des neuen Berechtigten geschützt.

bb) Die Übertragung vor Fälligkeit.

Die Zulässigkeit der Abtretung eines noch nicht fälligen Einzelrechtes wird bestritten.
Joost [3] vertritt die Ansicht, eine Übertragung nicht fälliger Einzelrechte sei stets eine teilweise Übertragung der Reallast (§ 1105 BGB) selbst. Sie folge daher auch den Regeln, die für die Übertragung des Stammrechtes gelten (§ 873 BGB). Die herrschende Meinung [4] geht dagegen davon aus, daß ein oder mehrere noch nicht fällige Einzelrechte auch ohne das Stammrecht übertragen werden können. Die Übertragung dieser Einzelrechte soll sich nach §§ 1107,1154 III, 873 BGB richten.

---

1) Der Fall der vertragswidrigen Übertragung des Einzelrechtes vor dessen Fälligkeit wird im Folgenden unter bb. behandelt.

2) RGZ 143/113, 116 f; BGH NJW 1979/717;

3) Münchener Kommentar-Joost § 1107 Rz 3, § 1111 Rz 2; daraus soll folgen, daß bei der subjektiv-dinglichen Reallast eine Übertragung des Einzelrechtes vor Fälligkeit nicht möglich ist (Münchener Kommentar-Joost, § 1110 Rz 4).

4) RGZ 140/60, 64; KG HRR 1932/Nr. 1003, zur Pfändung; Planck-Strecker § 1107 Anm. 2, k; RGRK-Rothe § 1107 Rz. 9; Staudinger-Amann § 1107 Rz. 20;

Die Ansicht von Joost erscheint angreifbar [1]. Da die Übertragung jedes einzelnen noch nicht fälligen Einzelrechtes danach eine Teilübertragung des Stammrechtes darstellt, wird dieses in viele "Einzelstammrechte" zerlegt, was zu Unübersichtlichkeiten führt. Joosts Theorie kann auch nicht mit der Entwicklung der Rechtsansichten bezüglich der Leibrente (§ 759 BGB) begründet werden, wo zum Teil auf die Abgrenzung von Stammrecht und einzelnem Anspruch verzichtet wird [2]. Während nämlich bei der Leibrente weder der Gesetzeswortlaut noch die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch eine Aufspaltung des Rechtes in Stammrecht und Bezugsrechte verlangen [3], regelt das Gesetz im Rahmen der Reallast ausdrücklich den Unterschied von Stammrecht (§ 1105 BGB) und Einzelrechten (§ 1107 BGB). Bereits in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch wird diese Aufspaltung erwähnt [4]. An ihr ist festzuhalten.
Auch die herrschende Meinung führt zum Teil zu unbilligen Ergebnissen. So hat das Reichsgericht [5] die Abtretung sämtlicher künftig fällig werdender Einzelrechte aus einer Reallast für zulässig erklärt, wodurch das Stammrecht zur "leeren Hülle" wurde.

---

1) Die Theorie von Joost ist auch inkonsequent. Obgleich er bei der Übertragung einzelner, nicht fälliger Einzelrechte ausschließlich auf das Stammrecht abstellt, will er § 1158 BGB, eine Vorschrift, die nur das Einzelrecht betrifft, analog heranziehen (Münchener Kommentar-Joost § 1107 Rz 3, a.E).
Allerdings ist auch die herrschende Meinung inkonsequent, denn sie wendet § 1158 BGB bezüglich des Einzelrechtes auch bei der Übertragung des Stammrechtes an (s.o. C, IV, 3, b, aa).

2) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechtes, Bd. 2, 12. Aufl., München 1981, § 65 III, S. 492; Esser-Weyers, Schuldrecht, Bd II, Teilband 1, Heidelberg, Karlsruhe(1979),§44 IV, 2, S. 344;

3) Mot II S. 635 ff; Prot II S. 486 f;

4) Mot III S. 582 f;

5) RGZ 140/60, 64;

Der herrschenden Meinung ist gleichwohl der Vorzug zu geben, weil der Unterschied von Einzelrecht und Stammrecht nicht verwischt werden darf [1]. Die Abtretung noch nicht fälliger Einzelrechte auch ohne teilweise Übertragung des Stammrechtes erscheint daher zulässig.

Ob auch die Abtretung erst künftig fällig werdender einzelner Ansprüche aus einem Dauerschuldverhältnis möglich ist, mag zweifelhaft sein. Dafür spricht die Zulässigkeit der Abtretung künftiger Forderungen [2] und die grundsätzliche Zulässigkeit von Teilabtretungen [3]. Andererseits wurde eine Teilabtretung dann für unzulässig gehalten, wenn sich der Inhalt der Forderung dabei veränderte [4]. Auch hat der Bundesgerichtshof lediglich hinsichtlich eines fälligen Einzelanspruchs aus einem Dauerschuldverhältnis festgestellt, daß dieser nach denselben Rechtsregeln zu behandeln ist "wie alle anderen Ansprüche auf vorübergehende Leistungen." [5] Inwieweit dies auch für den betagten Anspruch gilt, wurde nicht entschieden.
Dieses Problem wird hier nicht näher untersucht, denn es betrifft nicht das dingliche Recht. Im Falle einer Zulässigkeit der Abtretung noch nicht fälliger einzelner Ansprüche aus einem Gesamtschuldverhältnis stehen dem Schuldner (dem Eigentümer) gegenüber dem Zessionar alle Einreden zu, die er dem Zedenten (aus dem Sicherungsvertrag) entgegenhalten konnte (§§ 398, 404 BGB).

---

1) Joost gelangt ohnehin zu ähnlichen Ergebnissen wie die hM, denn auch er wendet die §§ 1157 f, 892 BGB auf das "Teilstammrecht" und damit auch auf die Einzelrechte an (Münchener Kommentar-Joost § 1111 Rz. 2).

2) BGHZ 7/365, 367 f;

3) BGHZ 46/242, 244;

4) RGZ 64/120, 122 f;

5) BGHZ 10/391, 397;

Die Rechtslage gleicht also auch hier stark der bei der Sicherungsgrundschuld. Gegenüber der abgetretenen Einzelforderung stehen dem Schuldner, dem Eigentümer, die Gegenrechte aus dem Sicherungsvertrag zu (§ 404 BGB). Bei Fälligkeit der Einzelforderung kann er die Leistung solange verweigern, bis das Einzelrecht aufgehoben oder an ihn übertragen ist.
Hinsichtlich einer Inanspruchnahme aus dem Einzelrecht (§§ 1107 f BGB) kann er ebenfalls die Einreden aus dem Sicherungsvertrag gegenüber dem neuen Berechtigten geltend machen (§§ 1107, 1157, 1 BGB), es sei denn, dieser kann sich über § 1157, 2 BGB auf die Gutglaubensvorschriften berufen (§ 892 I BGB). Dies ist ihm allerdings durch § 1158 BGB nur eingeschränkt möglich.

5) Divergenzfälle auf der Passivseite [1]).

Im Rahmen der Sicherungsreallast ist es wie bei der Hypothek und der Sicherungsgrundschuld möglich, daß belasteter Eigentümer und Schuldner nicht identisch sind. Der Fall tritt insbesondere bei der Übertragung des belasteten Grundstücks ein, wenn nicht gleichzeitig eine Schuldübernahme stattfindet.
Während das Gesetz bei der Hypothek durch die §§ 1141 ff, 1153, 1164 BGB ausreichende Bestimmungen zum Ausgleich der widerstreitenden Interessen getroffen hat, fehlt es hinsichtlich der Sicherungsgrundschuld und der Sicherungsreallast an solchen. Im Rahmen der Sicherungsgrundschuld haben Rechtsprechung und Lehre jedoch Problemlösungen herausgearbeitet, deren Übertragbarkeit im Folgenden untersucht werden soll.

---

1) Titel nach Baur (a.a.O., § 45 IV, S. 414);

a) Der Eigentümer des belasteten Grundstücks als Partei des Sicherungsvertrages (originäre Divergenz).

Keine besonderen Schwierigkeiten treten auf, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks Partei des Sicherungsvertrages ist, was meist bei der ursprünglichen Divergenz der Fall sein wird.
Hier stehen auch dem Eigentümer die Rechte zu, die sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben [1].

b) Die Abtretung der Rechte aus dem Sicherungsvertrag an den Erwerber des belasteten Grundstücks.

Ist der Eigentümer nicht Partei des Sicherungsvertrages - das ist regelmäßig der Fall, wenn das bereits belastete Grundstück an ihn veräußert wird - so kann er Einwendungen, die den Bestand des dinglichen Rechts betreffen, etwa die Unwirksamkeit der Reallastbestellung , in jedem Fall geltend machen. Rechte und Einreden aus dem Sicherungsvertrag stehen ihm dagegen nur dann zu, wenn ihm diese abgetreten worden sind [2]; andernfalls ist die Reallast ihm gegenüber eine isolierte [3]. Weil dies für den neuen Eigentümer des belasteten Grundstücks von Nachteil ist, kann der ehemalige Eigentümer (der Schuldner) aus dem Innenverhältnis zur Abtretung verpflichtet sein [4].

c) Die isolierte Reallast.

Ist der belastete Eigentümer also nicht Partei des Sicherungsvertrages und sind ihm die Rechte aus diesem vom

---

1) Baur, a.a.O., § 45 IV, 1, S. 414;
2) Baur, a.a.O., § 45 IV, 1, S. 414 f;
3) siehe dazu im Folgenden unter c);
4) Baur, a.a.O., § 45 IV, 1, S. 415;

Schuldner auch nicht abgetreten, so ist die Sicherungsreallast dem Eigentümer gegenüber eine isolierte. Deren Auswirkungen sollen im Folgenden untersucht werden.

aa) Die Fälligkeit der Reallast [1].

Die Fälligkeit der isolierten Reallast, d.h. die Fälligkeit der Einzelrechte (§§ 1107 f BGB), richtet sich nach den von den Parteien bei der Bestellung des Rechtes getroffenen Vereinbarungen, die auch in das Grundbuch eingetragen werden [2].

Der Berechtigte kann aus § 1108 BGB gegen den Eigentümer vorgehen und die Einzelleistung (in natura) [3] verlangen. Im Falle des Ausbleibens der Leistung kann er in das gesamte Vermögen des Eigentümers vollstrecken [4].

Der Berechtigte kann sich auch durch Verwertung des belasteten Grundstücks befriedigen (§ 1107 BGB), denn der Eigentümer muß die Zwangsvollstreckung in das Grundstück dulden (§§ 1107, 1147 BGB). Die Vollstreckung erfolgt im Wege der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung (§ 866 I ZPO). Letztere ist allerdings für den Berechtigten ungeeignet, dem es auf die Erlangung der wiederkehrenden Naturalleistung ankommt, denn die Zwangsversteigerung führt ausschließlich zu einer geldweisen Befriedigung [5]. Zudem erlischt mit dem

---

1) Hier wird nur untersucht, wann der Eigentümer des belasteten Grundstücks zu leisten hat, nicht auch,wann er leisten darf.

2) Die Bestimmung der Fälligkeit gehört zum allgemeinen Inhalt des dinglichen Rechtes und ist stichwortartig im Grundbuch selbst anzugeben (BayObLGZ 1973/21, 26); Die von Baur vorgeschlagene Verknüpfung der Fälligkeit von persönlicher Forderung und dinglichem Recht (a.a.O., § 45 IV 2, S. 415) erscheint unzulässig, weil sie mit dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsprinzip unvereinbar ist. Bei einem bedingten Rechtsgeschäft darf nur die Wirksamkeit, nicht aber der Inhalt des Rechtsgeschäfts von dem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängen (Huber, a.a.O., S. 46, 140).

3) Münchener Kommentar-Joost § 1108 Rz 2;

4) Münchener Kommentar-Joost § 1108 Rz.6;

5) Dümchen,a.a.O., S.449; v.Lübtow,a.a.O.,S. 362; Haegele DNotZ 1976/5,12; Münchener Kommentar- Joost § 1107 Rz 14;

Zuschlag die Reallast als Stammrecht [1], weil bei der Vollstreckung von Zinsen (§ 1107 BGB) der gesamte Anspruch (das Stammrecht, § 1105 BGB) nicht in das geringste Gebot fällt (§ 44 ZVG) [2]. Auch das wird dem Interesse des Berechtigten, dem es auf die Naturalleistung ankommt, meist widersprechen. Will der Berechtigte diese Konsequenz vermeiden, so muß er im Rahmen der Zwangsversteigerung eine abweichende Feststellung des geringsten Gebotes beantragen [3] oder die Zwangsverwaltung betreiben, bei der gemäß § 155 II 2 ZVG der nicht beigetriebene Teil des Anspruchs unberührt bleibt [4].

Fraglich ist jedoch, ob dem Berechtigten im Falle der Zwangsverwaltung eine Vollstreckung in Natur möglich ist. Die herrschende Meinung [5] bejaht das mit der Begründung, § 46 ZVG sei in der Zwangsverwaltung nicht anwendbar. Der Verwalter habe die einzelnen Leistungen daher in Natur zu erbringen. Die Gegenmeinung [6] lehnt dagegen auch bei der Zwangsverwaltung eine Vollstreckung in Natur ab; eine Vollstreckung über die Vorschrift des § 866 I ZPO soll ausschließlich zu einer Befriedigung in Geld führen, wie die Überschrift des 8. Buches des 2. Abschnittes der Zivilprozeßordnung beweise. Auch die Tatsache, daß § 152 I ZVG den Zwangsverwalter verpflichtet, die Nutzungen, die für die

---

1) Münchener Kommentar-Joost, § 1107 Rz 18;

2) Schalhorn JurBüro 1971, Sp. 115/122; Zeller, § 44 Rz 10; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt, § 44 Anm. 4;

3) Damit wird er aber nicht immer erfolgreich sein (Münchener Kommentar-Joost § 1107 Rz 18).

4) Zeller, § 44 Rz 10;

5) Westermann, a.a.O., § 124 III, 2, S. 618; Drischler KTS 1971/145, 157; Haegele DNotZ 1976/5, 12, 16; Zeller, §146 Rz 9; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt, § 156 Anm. 6b;

6) Dümchen, a.a.O., S. 381, 410; Münchener Kommentar-Joost, § 1107 Rz 14; jetzt auch: Staudinger-Amann, § 1107 Rz 16;

Verwaltung entbehrlich sind, in Geld umzusetzen, soll für dieses Ergebnis sprechen. Schließlich wird argumentiert, es sei in vielen Fällen nicht gewährleistet, daß der Verwalter die einzelnen Leistungen in Natur aus den Nutzungen erbringen könne, da die Leistungen aus der Reallast mit dem Grundstück nicht in Beziehung stehen müssen [1].

Der Gegenmeinung ist insoweit zuzustimmen, als wegen Einzelleistungen vollstreckt wird, die nicht in Natur aus dem Grundstück gewährt werden können. In diesem Fall wußte der Berechtigte auch von Anfang an um das Risiko, lediglich einen Wertersatz zu erlangen. Ist dem Zwangsverwalter dagegen die Erbringung der Leistungen in Natur aus den Grundstücksnutzungen möglich, so besteht kein Grund, die Vollstreckung in Natur nicht zuzulassen. Dies ergibt sich aus der Besonderheit der Reallast, deren Charakter als Nutzungsrecht an dieser Stelle wieder stärker in den Vordergrund tritt und berücksichtigt werden muß [2]. Auch § 152 I ZVG steht dem nicht entgegen, denn die Nutzungen, die der Verwalter dem Gläubiger zu erbringen hat, sind nicht entbehrlich im Sinne dieser Vorschrift und müssen deshalb nicht in Geld umgesetzt werden.

Bei der isolierten Reallast ist der Eigentümer also dem Zugriff des Berechtigten aus §§ 1107, 1147 BGB und aus § 1108 BGB ausgesetzt, ohne durch die Abreden des Sicherungsvertrages geschützt zu sein [3]. Er kann lediglich Einwendungen, die den Bestand des Rechtes betreffen, geltend machen [4].

---

1) Münchener Kommentar-Joost § 1107 Rz 14;

2) Baur, a.a.O., § 35 I, 1, c, S. 300;

3) Gerhardt, a.a.O., S. 114, für die Sicherungsgrundschuld;

4) s.o. C, IV, 5, b;

bb) Die Leistung durch den Eigentümer.

Bei der Sicherungsgrundschuld erbringt der vom Schuldner verschiedene Eigentümer seine Leistung "auf" die Grundschuld und erwirbt auf diese Weise eine Eigentümergrundschuld gemäß §§ 1142 f BGB analog bzw. §§ 1168 ff BGB analog bzw. 1163 I 2 BGB analog [1]. Da § 1143 BGB keine Anwendung findet, geht die gesicherte Forderung nicht kraft Gesetzes auf ihn über [2]. Deren weiteres Schicksal ist vielmehr streitig.

Zum Teil wird angenommen, mit der Tilgung des dinglichen Rechtes erlösche die Forderung [3]; andere kommen nur in dem Fall zum Erlöschen, in dem dem Eigentümer kein Rückgriffsanspruch [4] gegen den Schuldner zusteht. Die herrschende Meinung bejaht dagegen in jedem Fall das Bestehenbleiben der Forderung [5] und gewährt dem Eigentümer einen Anspruch auf Abtretung der Forderung gegen den Gläubiger, sofern er bei dem Schuldner Rückgriff nehmen kann [6].

Bei der Sicherungsreallast scheint das Gesetz dagegen - was das Schicksal der Forderung im Falle der Leistung des Eigentümers auf das Einzelrecht betrifft - mit § 1107 BGB eine eindeutige Bestimmung getroffen zu haben. So wird zum Teil die Ansicht vertreten, bei einer Verschiedenheit von Eigentümer und Schuldner sei der freiwillig oder gezwungenermassen leistende Eigentümer über §§ 1107, 1143 BGB geschützt [7]. Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden.

---

1) s.o. S. 177, Fn 1-4;

2) Baur, a.a.O., § 45 IV 3, S. 415;

3) Huber, a.a.O., S. 83,117 f; Palandt-Bassenge,§ 1191 Anm.3,h,cc; Münchener Kommentar-Eickmann,§ 1191 Rz 85;

4) KG NJW 1961/414 ff; Soergel-Baur § 1192 Rz 35;

5) RGZ 150/371, 374; BGH NJW 1981/1154 f;

6) Gerhardt, a.a.O., S. 111; Baur, a.a.O., § 45 IV 3, S. 415 f.

7) RGRK-Rothe, § 1107 Rz 8; Staudinger-Amann, § 1107 Rz 13 Soergel-Baur § 1107 Rz 2; ähnlich: Dümchen, a.a.O., S. 461; unklar: Münchener Kommentar-Joost § 1108 Rz 9;

Die Verweisung des § 1107 BGB sollte kein akzessorisches Verhältnis von Einzelrecht und gesichertem einzelnem Anspruch begründen. Die Möglichkeit einer dinglichen Sicherung durch Reallasten und damit eines Nebeneinanders von selbständigem Anspruch und dinglichem Recht war dem Gesetzgeber nämlich unbekannt [1]. Wendet man § 1143 BGB hier an, so akzeptiert man ein hypothekenähnliches Akzessorietätsverhältnis. Amann [2] hat richtig festgestellt, daß solche Vorschriften von der Verweisung des § 1107 BGB ausgeschlossen bleiben, die ein Akzessorietätsverhältnis voraussetzen. Eine Ursache für das unrichtige Ergebnis der hier abgelehnten Meinung ist die mangelnde Abgrenzung des Verhältnisses von Einzelrecht (§ 1107 BGB) zu einzelnem Anspruch aus der Reallast (§ 1108 BGB) einerseits von dem Verhältnis von gesicherter Forderung zu den Rechten aus der Reallast (§§ 1107 f BGB) [3] andererseits. Diese beiden Rechtsverhältnisse differieren indessen stark. Während, wie gerade festgestellt, zwischen gesichertem schuldrechtlichem Anspruch und Einzelrecht (§§ 1107 f BGB) keine akzessorischen Beziehungen bestehen, ist die persönliche Haftung aus § 1108 BGB ursprünglich zur dinglichen Haftung (§ 1107 BGB) insoweit akzessorisch, als sie nach Art und Umfang dem dinglichen Einzelrecht entspricht [4]. Insofern mag auch § 1143 BGB anwendbar sein [5].

---

1) s.o. C, II, 1 ;

2) Staudinger-Amann, § 1107 Rz 3;

3) So insbesondere bei: Staudinger-Amann, § 1107 Rz 13; RGRK-Rothe, § 1107 Rz 8;

4) RGZ 108/292, 295; Münchener Kommentar-Joost § 1108 Rz 5;

5) Planck-Strecker § 1107 Anm 2 i; Westermann, a.a.O., § 124 IV 3, S.619 ; Wolff /Raiser, a.a.O.,§ 128 II c, S. 515 ; Staudinger - Amann § 1107 Rz. 13;

Bezüglich der Beziehung von gesicherter Forderung zu Einzelrecht (§§ 1107 f BGB) erscheint daher ein Rückgriff auf die Grundsätze der Sicherungsgrundschuld angebracht [1]. Damit tritt auch hier die Frage auf, ob und gegebenenfalls wann der einzelne gesicherte Anspruch erlischt. Die Rechtsprechung hat bei der Sicherungsgrundschuld ein Erlöschen mit überzeugender Begründung abgelehnt [2]. Diese Argumentation kann auch auf die Sicherungsreallast übertragen werden: Nur bei einem Bestehenbleiben der Forderung wird der "sachenrechtlichen Selbständigkeit der" Reallast und der "Vielfältigkeit der denkbaren Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten Rechnung getragen" [3].
Sofern im Innenverhältnis zwischen Eigentümer und Schuldner der Schuldner letztlich die Schuld begleichen soll, kann der Eigentümer von dem Gläubiger die Abtretung der Forderung verlangen [4]. Was das Schicksal der Reallast, und zwar des Einzelrechtes, betrifft, so wurde bereits festgestellt, daß das Einzelrecht, wie auch der einzelne Anspruch [5] §§ 1107, 1181 BGB analog erlischt [6].

cc) Die Leistung durch den Schuldner.

Der Schuldner leistet bei der Sicherungsreallast, ähnlich wie bei der Sicherungsgrundschuld [7], auf den gesicherten Anspruch, wodurch dieser erlischt (§ 362 I BGB). Im Rahmen der Sicherungsgrundschuld besteht dahingehend Einigkeit,

---

1) Staudinger-Amann, Vorbem. v. §§ 1105-1112 Rz 27;

2) RGZ 150/371, 374; BGH NJW 1981/1554 f;

3) BGH a.a.O.;

4) Gerhardt, a.a.O., S. 111, für die Sicherungsgrundschuld;

5) Münchener Kommentar-Joost § 1108 Rz 5;

6) s.o. C, IV, 3, b, bb;

7) Gerhardt, a.a.O., S. 111, Baur, a.a.O., § 45 IV 4, S. 416;

daß § 1164 BGB, der zu einem Übergang des dinglichen Rechtes auf den Schuldner führen würde, unanwendbar ist [1]; weil die Vorschrift die Abhängigkeit des dinglichen Rechtes von der Forderung voraussetzt. Für die Sicherungsreallast wird die Anwendbarkeit des § 1164 BGB über § 1107 BGB dagegen teilweise bejaht [2]. Dem kann nicht zugestimmt werden, denn zum einen wird hier nicht klar genug zwischen dem Verhältnis von § 1107 BGB zu § 1108 BGB und dem Verhältnis von dinglichem Einzelrecht (§§ 1107 f BGB) zu gesichertem Anspruch unterschieden. Zum anderen ist § 1164 BGB auf die zuletzt genannte Beziehung wegen der fehlenden Akzessorietät der Reallast unanwendbar.
Der Schuldner, der Partei des Sicherungsvertrages ist, hat hier lediglich einen Anspruch auf Übertragung des Einzelrechtes [3] (§§ 1107, 1159, 398 BGB). Soll der Schuldner "endgültig auf der Schuld sitzenbleiben" [4], so steht dem Eigentümer gegen den Schuldner ein Anspruch auf Verzicht auf das Einzelrecht, auf Rückübertragung oder auf Aufhebung zu [5].

6) Zusammenfassung.

Es wurde gezeigt, daß die Sicherungsreallast ein zulässiges und geeignetes dingliches Sicherungsmittel darstellt. Insbesondere einzelne Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen können mit Hilfe der Sicherungsreallast gesichert werden.

---

1) Palandt-Bassenge, § 1192 Anm 1, Münchener Kommentar-Eickmann, § 1191 Rz 81, 84;

2) RGRK-Joost § 1107 Rz 8;

3) Was das Verhältnis von gesichertem Anspruch zu persönlicher Haftung betrifft, so bejaht der BGH (NJW 1972/814, 816) ein Erlöschen des Anspruchs aus § 1108 BGB, sobald der gesicherte Anspruch erfüllt ist.

4) BGH NJW 1972/814, 817 f;

5) War der Eigentümer in den Sicherungsvertrag mit einbezogen, so steht ihm ein Anspruch gegen den Gläubiger auf Rückübertragung des Einzelrechtes zu (Gerhardt, a. a.O., S. 111;).

Das Verhältnis von Sicherungsreallast und gesicherter Forderung gleicht dem von Sicherungsgrundschuld und gesicherter Forderung. Daher treten Probleme, die im Rahmen der Sicherungsgrundschuld bekannt sind, auch bei der Sicherungsreallast auf.
Zur Lösung der meisten Probleme kann auf die Grundsätze der Sicherungsgrundschuld zurückgegriffen werden. Eine Anlehnung an die Rentenschuld erscheint dagegen nicht möglich, da (auch) dieses Rechtsinstitut bislang kaum Gegenstand eingehender Untersuchungen war.
Bei der Heranziehung der Grundsätze der Sicherungsgrundschuld ist zu berücksichtigen, daß die Reallast in ein Stammrecht (§ 1105 BGB) und Einzelrechte (§§ 1107 f BGB)"aufgespalten"ist und dies einer pauschalen Übertragbarkeit entgegensteht.

Fehlt der der Sicherungsreallast zugrundeliegende Schuldvertrag (die causa), so kann das dingliche Recht kondiziert werden (§ 812 I 1, 1.Fall BGB). Gleiches gilt, wenn der Sicherungsvertrag nachträglich wegfällt (§ 812 I 1, 1.Fall BGB).
Ähnlich wie bei der Sicherungsgrundschuld treten bei der Sicherungsreallast Probleme auf, wenn der Sicherungsvertrag besteht, die gesicherte Forderung allerdings fehlt. In diesem Fall erscheint es richtig, die Voraussetzungen der condictio ob rem zu bejahen, und dem Eigentümer einen Anspruch aus § 812 I 2, 2.Fall BGB zuzusprechen.
Fehlt dagegen nicht die gesamte Forderung, sondern nur ein zu sichernder Einzelanspruch, so ergibt sich das Rückgabeverlangen des Eigentümers aus dem Sicherungsvertrag.
Bei der Übertragung der Sicherungsreallast treten ähnliche Probleme wie bei der Übertragung der Sicherungs-

grundschuld auf. Allerdings ist auch hier wieder die Aufspaltung der Reallast in Stammrecht und Einzelrechte zu beachten.
Wird das Stammrecht isoliert übertragen, so wird der neue Berechtigte nicht Partei des Sicherungsvertrages; dennoch kann der Eigentümer dem neuen Berechtigten die darin enthaltenen Abreden über § 1157 BGB analog entgegenhalten.
Wird nur ein Einzelrecht isoliert übertragen, so ist zu differenzieren, ob das Recht fällig ist oder nicht. Im ersten Fall ist der Eigentümer über §§ 398,404, 1107,1159 I BGB gegenüber einem Vorgehen aus dem dinglichen Recht seitens des Berechtigten geschützt. Die Zulässigkeit der (isolierten) Übertragung eines einzelnen, noch nicht fälligen Einzelrechts ohne gleichzeitige Teilübertragung des Stammrechtes wird teilweise bestritten, muß aber bejaht werden. Wird der Eigentümer von dem neuen Berechtigten aus dem Einzelrecht in Anspruch genommen, so kann er über §§ 1107, 1157,1 BGB die Einrede aus dem Sicherungsvertrag geltend machen.

Auch bei einer Divergenz auf der Passivseite treten bei der Sicherungsreallast ähnliche Probleme wie bei Sicherungsgrundschuld auf.
Ist der vom Schuldner verschiedene Eigentümer Partei des Sicherungsvertrages, oder sind ihm die Rechte aus diesem Vertrag abgetreten, so stehen ihm die Rechte zu, die sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben. Schlechter ist seine Position, wenn die Reallast für ihn eine isolierte ist, wenn er etwa das belastete Grundstück erwirbt,und die oben bezeichneten Rechte nicht abgetreten werden. Hier kann er sich nicht auf den Sicherungsvertrag berufen und muß den Berechtigten

befriedigen. In diesem Fall erlischt das Einzelrecht. Der Eigentümer kann aber von dem Berechtigten die Abtretung der Forderung verlangen, wenn im Innenverhältnis zwischen Eigentümer und Schuldner der Schuldner letztlich die Schuld begleichen sollte.

Lebenslauf

Am 21. Mai 1957 wurde ich als zweites Kind des Verwaltungsbeamten Richard Nouvertné und seiner Frau Anneliese geborene Bonholzer in Opladen geboren.

Ich besuchte ab 1964 in Heinsberg die Katholische Volksschule und anschließend das dortige Gymnasium, wo ich im Juni 1977 das Abitur bestand.

Nach meinem Wehrdienst studierte ich ab Oktober 1978 Rechtswissenschaften an der Universität des Saarlandes in Saarbrücken, der Universität zu Köln und an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Am 3. September 1983 legte ich die Erste Juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 1.1.1984 stehe ich im Referendardienst des Landes Nordrhein-Westfalen. Während der Referendarzeit übte ich eine wissenschaftliche Nebentätigkeit an der Universität Bonn aus.

Seit dem 6. Oktober 1983 bin ich mit der Germanistin (M.A.) Ursula Louis-Nouvertné verheiratet. Wir haben bislang ein Kind.